Willkommen in Amerika

North America

BAKER & McKENZIE

Ein Rechtshandbuch für unternehmerische Aktivitäten in den Vereinigten Staaten

Second Edition

Willkommen in Amerika

Ein Rechtshandbuch für unternehmerische Aktivitäten in den Vereinigten Staaten

Second Edition

Herausgeber:

Dieter Schmitz
Partner
Baker & McKenzie LLP

Copyright © Baker & McKenzie 2007
All rights reserved.

Wichtiger Haftungsausschluss: Ein für die USA typischer Haftungsausschluss findet auch auf die deutsche Übersetzung dieses Handbuchs Anwendung. Insoweit ist auf die folgende englische Originalfassung zu verweisen:

This Handbook is not intended to be a comprehensive exposition of the issues arising in the context of doing business in the United States, nor of the law relating to such issues. It is not offered as advice on any particular matter and should not be taken as such. The Firm, the editor and the contributing authors disclaim all liability to any person in respect of anything and the consequences of anything done or permitted to be done or omitted to be done wholly or partly in reliance upon the whole or part of the contents of this Handbook. Before any action is taken or decision not to act is made, specific legal advice should be taken in the light of the relevant circumstances and no reliance should be placed on the statements made in this Handbook.

This publication is copyrighted. Apart from any fair dealing for the purpose of private study or research permitted under applicable copyright legislation, no part may be reproduced or transmitted by any process or means without the prior permission of the editor.

Save where otherwise indicated, law and practice are stated as at September 2004.

Baker & McKenzie International is a Swiss Verein with member law firms around the world. In accordance with the common terminology used in professional service organizations, reference to a “partner” means a person who is a partner, or equivalent, in such a law firm. Similarly, reference to an “office” means an office of any such law firm.

Vorwort des Herausgebers

Dieses Handbuch in der 2. Auflage wurde von Experten des M&A-, Gesellschafts-, Steuer-, Prozess- und Arbeitsrechts verfasst, um Mandanten (ungeachtet ihrer rechtlichen Vorbildung) die unterschiedlichen juristischen Optionen für die Aufnahme einer Geschäftstätigkeit in den USA zu vermitteln. Der Herausgeber ist seinen Kollegen, insbesondere Andrew Boling, Andre Fiebig, Richard Franklin, Arne Friel, Ulrich Korth, Paul McCarthy, John McDonald, Peter Tomczak, Marcel Valenta und Georg Weidenbach für ihre sachkundigen Beiträge äußerst dankbar. Die nachfolgenden Seiten sollen dem Leser ein tieferes Verständnis über die weit reichenden wirtschaftlichen und rechtlichen Erwägungen verschaffen, die mit der Aufnahme einer Geschäftstätigkeit im US-Markt einhergehen.

Baker & McKenzie Weltweit

Baker & McKenzie wurde 1949 gegründet. Inzwischen besteht die Kanzlei aus 70 Büros in 38 Ländern und beschäftigt mehr als 3.300 Rechtsanwälte in den Finanz- und Technologiezentren der Welt. Die Kanzlei bietet Unternehmen ein integriertes Konzept aus nationaler und grenzüberschreitender Rechtsberatung an und kann an allen Standorten auf erfahrene Anwälte, die mit dem jeweils nationalen Recht und den unterschiedlichen Wirtschafts- und Investmenttrends ihres Landes bestens vertraut sind, zurückgreifen. Als Mitglieder einer „Full-Service"- Kanzlei sind die Rechtsanwälte von Baker & McKenzie in der Lage, komplexe grenz- und industrieüberschreitende Transaktionen erfolgreich abzuwickeln. Unser besonderes Augenmerk gilt dabei der kosten- und ressourceneffizienten Beratung unserer Mandanten, sei es in ihren Heimatmärkten oder im Ausland.

Baker & McKenzie in den Vereinigten Staaten

Baker & McKenzie ist zwar gemeinhin für seine globale Präsenz bekannt, die Wurzeln von Baker & McKenzie liegen jedoch in Nordamerika. Nach der Gründung von Baker & McKenzie im Jahre 1949 in Chicago, Illinois hat die Kanzlei nach stetigem und gesundem Wachstum in den letzten fünf Jahrzehnten mittlerweile 11 Büros in den Finanz- und Geschäftszentren der Vereinigten Staaten und Kanada.

Mit mehr als 600 Rechtsanwälten in Nordamerika stehen Baker & McKenzie die nötigen Ressourcen und Erfahrungen zur Verfügung, die erforderlich sind, um komplexe Transaktionen in allen Gebieten des Wirtschaftsrechts zügig und erfolgreich abzuwickeln. Die Tätigkeitsbereiche der nordamerikanischen Niederlassungen sind zahlreich und umfassen unter anderem Banking, Finance & Major Projects, Arbeitsrecht, Aktien- und Kapitalmarktrecht, M&A, Recht der Informationstechnologien, Intellectual Property, internationales Wirtschaftsrecht, Prozessrecht und Steuerrecht.

Als Antwort auf die stetig steigende Nachfrage nach kompetenter Rechtsberatung in transatlantischen Wirtschaftsbeziehungen zwischen dem deutschsprachigen Europa und den USA gründete Baker & McKenzie vor einigen Jahren eine Deutsch-Amerikanische Practice Group in Chicago. Heute besteht die Practice Group aus etwa 35 Anwälten, die für Baker & McKenzie in Nordamerika tätig sind. Die Mitglieder der Practice Group können auf solide Kenntnisse sowohl in der deutschen bzw. englischen Sprache als auch im amerikanischen und deutschen Recht verweisen. Viele unserer US-German Practice Group Anwälte haben Teile ihrer Ausbildung in Deutschland und in den USA absolviert. Neben den in den USA fest angestellten deutschsprachigen Anwälten haben unsere nordamerikanischen Büros im Rahmen des firmeninternen Austauschprogramms regelmäßig Anwälte aus den deutschen, österreichischen und schweizerischen Niederlassungen für einen Zeitraum von bis zu einem Jahr zu Gast.

Baker & McKenzie in Deutschland

Im Jahre 1962 wurde in Frankfurt am Main der erste deutsche Standort von Baker & McKenzie eröffnet. Damit zählte das Frankfurter Büro zu einer der ersten Niederlassungen einer internationalen Anwaltssozietät in Deutschland. Im Laufe der 1990 Jahre kamen weitere Büros in Berlin (1990), München (1997) und Düsseldorf (1999) hinzu.

Als eine der führenden Anwaltskanzleien in Deutschland beraten wir nationale und internationale Unternehmen auf sämtlichen Gebieten des Wirtschaftsrechts. An unseren vier deutschen Standorten arbeiten derzeit mehr als 150 Rechtsanwälte und Steuerberater, von denen viele zugleich Notare, Wirtschaftsprüfer, Fachanwälte für Steuerrecht, Arbeitsrecht oder Verwaltungsrecht sind. Die meisten unserer deutschen Anwälte haben zusätzlich ein fremdes Recht studiert und im Ausland praktiziert.

Baker & McKenzie in der Schweiz

Mit Büros in Zürich und Genf gehört Baker & McKenzie zu den größten Anwaltskanzleien in der Schweiz. Unsere Büros bilden seit über 40 Jahren einen integralen Bestandteil des juristischen Umfeldes in der Schweiz, was uns zu einem bekannten Partner für unsere in- und ausländischen Mandanten macht. Unser Team hochqualifizierter Anwälte weist Erfahrung und Zulassungen sowohl im schweizerischen Recht als auch im Recht anderer Jurisdiktionen auf. Als Teil des weltumspannenden Baker & McKenzie-Netzwerkes bieten wir unseren Klienten das volle Spektrum an juristischer Beratung an. Unser Schweizer Team ist besonders bekannt für seine Venture Capital- und M&A-Tätigkeit, wobei grenzüberschreitende Transaktionen besonders hervorzuheben sind.

Baker & McKenzie in Österreich

Seit Februar 2003 sind wir in Wien mit mehr als 10 Juristen vertreten. Von Osterreich aus beraten wir nationale und internationale Unternehmen aus verschiedenen Industriegruppen in allen Bereichen des privaten und öffentlichen Wirtschaftsrechts. Dabei verbinden wir umfassende Expertise im nationalen und europäischen Recht mit internationaler Erfahrung und können unmittelbar auf die Ressourcen unserer weltweiten Organisation zurückgreifen.

Rechtsberatung

Das amerikanische Rechtssystem in der Kombination von Fallrecht und kodifiziertem Recht, von Bundes- und Einzelstaatsrecht ist äußerst komplex; dies werden deutsche, schweizerische und österreichische Unternehmen feststellen, wenn sie auf dem amerikanischen Markt aktiv werden oder ihre bestehenden Ressourcen in den USA ausbauen wollen. Der Leser kann sich daher nicht allein auf dieses Buch zur Beantwortung seiner Fragen zum US-Recht verlassen. Unsere Kanzlei steht Ihnen für Anfragen jeglicher Art gerne zur Verfügung und bietet zusätzlich weitere Publikationen an, die die einzelnen Themenschwerpunkte dieses Buches im Detail behandeln. Als ersten Schritt können Sie selbstverständlich jederzeit den Herausgeber dieses Buches kontaktieren:

Dieter Schmitz
Partner
Baker & McKenzie LLP
130 East Randolph Drive
Suite 3500
Chicago, Illinois 60601
Telefon: +312 861 8848
Facsimile: +312 861 2899
e-mail: dieter.a.schmitz@bakernet.com

Einleitung

Die Vereinigten Staaten haben nach wie vor die weltgrößte Wirtschaft und den weltweit umsatzstärksten Verbrauchermarkt. Nach stetem Wachstum in den letzten 25 Jahren hat das Bruttoinlandsprodukt in den USA im neuen Jahrtausend nunmehr die $10 Trillionen-Marke überschritten. Die guten wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den USA und der Europäischen Union und speziell deren deutschsprachige Mitgliedstaaten, Deutschland und Österreich wurden über Jahrzehnte hinweg auf- und ausgebaut. Auch zur Schweiz, als weiteres deutschsprachiges Land in Europa, pflegen die Vereinigten Staaten ausgezeichnete wirtschaftliche Beziehungen. Für deutsche, österreichische und schweizerische Unternehmen sind die USA zweifelsohne einer der bedeutendsten und attraktivsten Wirtschaftsmärkte. Als Beleg hierfür mag gelten, dass die USA in allen drei Ländern in den letzten Jahrzehnten wiederholt zu einem der drei wichtigsten Handelspartner sowohl im Import als auch im Export gezählt wurde. Trotz der über lange Jahre gewachsenen engen Beziehungen, bleibt zu beachten, dass sich die Vereinigten Staaten in vielerlei Hinsicht, sei es in Geschäftskultur, gesellschaftlich oder vom Rechtssystem her, von Europa stark unterscheiden. Eine Geschäftsaktivität in den USA wirft rechtliche Fragestellungen auf, die der Geschäftsführung eines ausländischen Unternehmens ebenso wenig vertraut sein mögen wie US-GAAP oder der amerikanische Markt generell. In diesem Buch werden daher grundrissartig Gebiete des amerikanischen Rechts abgehandelt, die für deutsche, österreichische oder schweizerische Unternehmen, die in den USA geschäftlich tätig werden oder ihre Aktivitäten in den USA weiter ausbauen wollen, von besonderem Interesse sein dürften. Unser Ziel ist es, dem Leser einen Einblick in jene Rechtsfragen zu vermitteln, mit denen sich die Anwälte von Baker & McKenzie fast täglich auseinandersetzen, wenn sie europäische Mandanten im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit in den USA rechtlich beraten.

Überblick

Dieses Handbuch möchte dem Leser ein Bild der Rechtsprobleme in den verschiedenen Stadien vermitteln, die ausländische Unternehmen bei einem Tätigwerden in den USA durchlaufen - angefangen mit den rechtlichen Implikationen des Direktverkaufs von Produkten als einer vergleichsweise lockeren Verbindung mit den Vereinigten Staaten bis hin zu der Darstellung der komplexen Probleme, die mit Mergers & Acquisitions als dem wohl intensivsten Engagement in den USA einhergehen.

Kontakte zwischen ausländischen Unternehmern und amerikanischen Kunden werden häufig von amerikanischer Seite initiiert. Der erste Schritt eines ausländischen Unternehmens in den amerikanischen Markt stellt häufig der Direktverkauf von Produkten in die USA dar. Der Verkauf kann auf unterschiedliche Weise zustande kommen, beispielsweise auf Messen oder - immer häufiger - über das Internet. Der Verkauf von Produkten in die USA wirft zahlreiche rechtliche Fragestellungen auf, die von der Anwendbarkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen, über steuer- und kartellrechtliche Implikationen bis hin zu produkthaftungs- und einfuhrrechtlichen Bestimmungen reichen. Um ihre Absätze in den USA weiter zu steigern, bedienen sich ausländische Unternehmen häufig der Hilfe Dritter und treffen Vereinbarungen mit Vertragshändlern oder Handelsvertretern, was wiederum zahlreiche neue rechtliche Anforderungen nach sich zieht. Ein ausländisches Unternehmen wird häufig feststellen, dass die Rechtsordnung in den USA weitaus flexibler ist und mehr Spielraum zur Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses mit Dritten zulässt als in Deutschland, Österreich oder der Schweiz. Die Themen Direktverkauf und indirekter Verkauf über Vertragshändler und Handelsvertreter werden im ersten Kapitel dieses Buches ausführlich behandelt.

Mit Ausnahme von Direktvertrieb und Vertrieb über Vertragshändler oder Handelsvertreter ziehen alle weiteren Formen der Geschäftstätigkeit in den USA die Gründung oder Verwendung einer amerikanischen Gesellschaft nach sich. Hauptsächlich aus Steuergründen, so viel kann schon jetzt gesagt werden, bevorzugen es ausländische Unternehmen häufig, ihre Aktivitäten in den USA über eine *limited partnership* in einer Struktur, die der deutschen GmbH & Co. KG vergleichbar ist, abzuwickeln. Die in den USA zur Auswahl stehenden Gesellschaftsformen, *corporations*, die viele Merkmale mit Aktiengesellschaften teilen, *limited liability companies*, die zur Familie der GmbHs zählen, und limited partnerships sowie die mit der Gesellschaftsform einhergehenden Steueraspekte werden im zweiten Kapitel dieser Buches, US-amerikanische Gesellschaften, genauer beschrieben.

Investoren, die ihre Präsenz in den USA weiter verstärken wollen und wegen der Aussicht auf größere Gewinne gewillt sind, auch höhere Risiken einzugehen, können eine US-Repräsentanz entweder in Form einer Tochtergesellschaft oder aber in Form einer Zweigniederlassung gründen. Statt es „auf eigene Faust" zu versuchen, ziehen es allerdings

einige ausländische Unternehmen vor, ein *joint venture* mit einem amerikanischen Partnerunternehmen einzugehen. Sollte dies der Fall sein, ist es wichtig, den für das *joint venture* geeigneten US Partner ausfindig zu machen und die hierfür nötigen Nachforschungen anzustellen. Die Partnerunternehmen sollten einen schriftlichen *joint venture* Vertrag abschließen, darin die Kernpunkte ihres Verhältnisses regeln und klären, ob zum Beispiel eine neue *joint venture* Gesellschaft gegründet werden sollte und wie die Anteile einer solchen Gesellschaft auf die Partnerunternehmen verteilt und Management und Vorstand einer solchen Gesellschaft besetzt werden. Jeder *joint venture* Vertrag sollte die jeweiligen Beiträge der Partnerunternehmen, die Produkte, die vom *joint venture* erfasst werden sollen, und, was häufig übersehen wird, Möglichkeiten der Auflösung des *joint ventures* genau festlegen. Im dritten Kapitel dieses Buches gehen wir näher auf diese Themen ein und behandeln die rechtlichen Fragestellungen, die mit Zweigniederlassungen, Tochtergesellschaften und *joint ventures* einhergehen.

Statt eine Tochtergesellschaft zu gründen oder ein *joint venture* einzugehen, können sich ausländische Firmen - dem derzeitigen Trend folgend - für den Kauf eines bereits bestehenden amerikanischen Unternehmens entscheiden. Naturgemäß wirft der Kauf eines amerikanischen Unternehmens zahlreiche rechtliche Fragen auf. Einige dieser Probleme ähneln den Fragestellungen, die mit einer Akquisition in Deutschland, Österreich oder der Schweiz einhergehen, andere unterscheiden sich dagegen deutlich von dem, was ein ausländisches Unternehmen von vergleichbaren Transaktionen in Europa her kennt. Häufig sind zur Lösung solcher Probleme ein besonderes Verhandlungsgeschick und ein ausgeprägtes Verständnis dafür, was für die Vertragspartner „normal" ist, erforderlich. Die Schlüsselfragen, die generell bei Akquisitionen in den USA eine Rolle spielen - seien es die Strukturierung der Transaktion, das Entwerfen und Aushandeln der entsprechenden Verträge oder behördliche Genehmigungen – werden ausführlich im vierten Kapitel diese Buches über Unternehmenskäufe diskutiert.

Das amerikanische Produkthaftungsrecht stellt für fast jedes ausländische Unternehmen, das Waren in den USA vertreibt, einen Grund zur Sorge dar. Die gesetzliche Regelung des Produkthaftungsrechts in den Vereinigten Staaten erscheint äußerst strikt im Vergleich zum Produkthaftungsrecht anderer Länder. Übersehen wird dabei häufig, dass das amerikanische Recht in diesem Fall im Kern dem deutschen durchaus ähnelt. Es bleibt aber dabei, dass das Risiko für Unternehmen in den USA, Produkthaftungsklagen ausgesetzt zu werden, immer noch deutlich höher ist als in anderen Ländern. Entsprechend wichtig ist es für jedes in den Vereinigten Staaten tätige Unternehmen, sich kundig zu machen, wie das Risiko von Produkthaftungsklagen minimiert werden kann. Ein Überblick über die Prinzipien des amerikanischen Produkthaftungsrechts wird im fünften Kapitel dieses Buches gewährt.

Unter den zahlreichen gesetzlichen Regelungen, die ein Unternehmen in den USA zu beachten hat, kommt dem Arbeitsrecht eine besondere Bedeutung zu. Arbeitsrecht ist eines der Rechtsgebiete, mit dem sich ein ausländisches Unternehmen bei einem Tätigwerden in den USA gleich zu Anfang auseinandersetzen muss, wenn Arbeitnehmer entweder in die USA transferiert oder dort eingestellt werden. Generell gibt es zwei grundsätzlich verschiedene Gesichtspunkte, die ein ausländisches Unternehmen in diesem Zusammenhang beachten muss. Zum einen sollte sich jede Gesellschaft der rechtlichen Verantwortung, die mit der Anstellung von Arbeitnehmern, speziell aber mit deren Kündigung, einhergeht, bewusst sein. Zum anderen, was wahrscheinlich weniger selbstverständlich ist, sollte sich jede Gesellschaft gegen mögliche Klagen ihrer Arbeitnehmer absichern. Derlei Probleme sowie andere arbeitsrechtsbezogene Themen wie Einwanderungsrecht werden im sechsten Kapital dieses Buches eingehend besprochen.

Das siebte Kapitel dieses Buches handelt von Fragen der Haftungsbeschränkung bzw. des Haftungsdurchgriffs, im Amerikanischen als *piercing the corporate veil* bekannt. Ein Haftungsdurchgriff kann erfolgen, wenn ein ausländisches Unternehmen seine Geschäfte in den USA durch eine amerikanische Tochtergesellschaft betreibt. *Corporations* haben ebenso wie *limited liability companies* eine selbstständige rechtliche Existenz. Die Gesellschafter haften grundsätzlich für Verpflichtungen der Corporation oder *limited liability company* nur in Höhe des von ihnen investierten Kapitals. Unter besonderen Umständen kann es allerdings vorkommen, dass ein ausländisches Mutterunternehmen für Verpflichtungen ihrer Tochter in den USA haftbar gemacht wird. Ein Unternehmen, das geschäftlich in den USA tätig wird, sollte mit diesem Thema vertraut sein. Wir bemühen uns daher im siebten Kapitel dieses Buches, dem Leser die Prinzipien des Haftungsdurchgriffs in den USA und die Strategien, wie einem Haftungsdurchgriff vorgebeugt werden kann, näher zu bringen.

Amerikanische Unternehmen verfolgen das Ziel, ihr operatives Geschäft so zu gestalten, dass dabei Steuern auf der Ebene des Bundes als auch auf der Ebene der einzelnen Bundesstaaten minimiert werden. Zahlreiche Modelle, die je nach Geschäftsfeld variieren, finden hierbei Anwendung. Die meisten dieser Wege, die Steuerlast zu verringern, stehen auch ausländischen Investoren offen. Hinzu kommen Steuerabkommen, die oft weitere Steuervorteile bieten. Angesichts der Vielfalt von steuerrechtlich günstigen Bestimmungen, sollten sich ausländische Investoren regelmäßig mit Steuerfachleuten beraten, ob die zur Verfügung stehenden Steuermodelle auch tatsächlich genutzt werden. Eine kurze Einführung in das amerikanische Bundessteuerrecht wird dem Leser daher im achten Kapitel dieses Buches geboten.

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1 **Direktverkäufe und Verkäufe über Handelsvertreter und Vertragshändler 1**

I. Direktverkäufe 1
II. Handelsvertreter, Vertragshändler und Franchisenehmer 2
III. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Garantien 4
IV. Sicherungsrecht 5
V. Produkthaftungsrecht 8
VI. Unlauterer Wettbewerb 9
VII. Kartellrecht 9
VIII. Zoll- und Importbestimmungen 10

Kapitel 2 **US-amerikanische Gesellschaften 13**

I. Corporations 13
II. Limited Liability Companies 32
III. Limited Partnerships und Limited Liability Partnerships 47
IV. Rechtsformwahl 49

Kapitel 3 **Zweigniederlassungen, Joint Ventures und Tochtergesellschaften 51**

I. Zweigniederlassungen 51
II. Tochtergesellschaften 52
III. Joint Ventures und Strategic Alliances 53

Kapitel 4 **Unternehmenskäufe 77**

I. Rechtliche Rahmenbedingungen 78
II. Strukturierung eines Unternehmenskaufs 85
III. Prüfung der Zielgesellschaft 92
IV. Urkunden 93
V. Wesentliche Rechtsfragen für den Käufer 100
VI. Sonstige Rechtsfragen 108
VII. Gründung des Erwerbsvehikels 110
VIII. Closing 111
IX. Handelsfragen (Import/Export) nach dem Erwerb des Unternehmens 114
X. Rechtsanwaltliche Beratung 115

Kapitel 5 **Produkthaftungsrecht 117**

I. Vergleich mit den Rechtsordnungen anderer Staaten 117

II. Das amerikanische Produkthaftungsrecht im Überblick 119
III. Verteidigungsstrategien 126
IV. Vermeiden von Produkthaftungsklagen 130
V. Fazit 133

Kapitel 6 Arbeit und Beschäftigung 135

I. Potentielle Haftung bei der Kündigung von Arbeitnehmern in den Vereinigten Staaten.....135
II. Das Thema der Sexuellen Belästigung 138
III. Besondere Probleme und Gesetze in Bezug auf Massenentlassungen und Kündigungen 140
IV. Die Bedeutung des US-amerikanischen Arbeitsrechts in Beschäftigungsbereichen ohne gewerkschaftliche Organisation 144
V. Weitere Gesetze, von denen Arbeitgeber Kenntnis haben sollten.....152
VI. Schutz vor unfairem Wettbewerb durch frühere Arbeitnehmer 158

Kapitel 7 Haftungsfragen 161

I. Haftungsdurchgriff auf die Gesellschafter – Piercing The Corporate Veil.....161
II. Merkmale, die einen Haftungsdurchgriff nahe legen 163
III. „Betriebsanleitung” 166
IV. Die „Betriebsanleitung” im Einzelnen 167
V. Haftung der Nachfolgegesellschaft 177

Kapitel 8 Steuern 185

I. Wahl der Unternehmensform 185
II. Ausschüttungen einer Zweigniederlassung, Partnership oder Corporation 189
III. Verkauf von Zweigniederlassungen, Partnership-Anteilen oder Shares einer Corporation 190
IV. Berechnung der Einkünfte einer Zweigniederlassung, einer Partnership oder einer Corporation 191
V. Organschaft 192
VI. Geschäfte zwischen miteinander verbundenen Personen ..192
VII. Steuerverfahren und Steuerverwaltung 193

Biographie des Herausgebers 195

Dieter A. Schmitz 195

Kapitel 1
Direktverkäufe und Verkäufe über Handelsvertreter und Vertragshändler

Unternehmen, die Kunden in den USA beliefern, entscheiden sich häufig dafür, ihre Waren und Dienstleistungen entweder direkt oder über Handelsvertreter, Vertragshändler oder Franchisenehmer zu vertreiben. Je nachdem, in welchem Verhältnis Unternehmen und Händler miteinander stehen, können unterschiedliche Rechtsvorschriften Anwendung finden.

I. Direktverkäufe

Direktverkäufe von Gütern an Abnehmer in den Vereinigten Staaten begründen ein zweiseitiges Rechtsverhältnis zwischen dem deutschen, österreichischen oder schweizerischen Verkäufer und dem amerikanischen Käufer. Grundsätzlich beruhen Kaufverträge in den USA, Deutschland, Österreich und der Schweiz auf einer gemeinsamen Grundlage, nämlich der Zuwendung von Gütern im Austausch für Geld. Dies kann allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass zwischen dem amerikanischen *Common Law* und der kontinentaleuropäischen, positivistischen Privatrechtsordnung markante Unterschiede bestehen. Die rechtlichen Bestimmungen zum Verkauf von Gütern in den USA finden sich vorwiegend in Artikel 2 des *Uniform Commercial Code* (*UCC*). Die Vorschriften des *UCC* weichen in mehrfacher Hinsicht von Bestimmungen des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches und anderer Zivilrechtsordnungen, die dem römischen Recht entstammen, ab. Wenn auch ein näheres Eingehen auf die bestehenden Unterschiede den Rahmen dieses Kapitels sprengen würde, verdeutlichen die folgenden Beispiele die Andersartigkeit des amerikanischen Rechts:

- im deutschen Recht und in anderen positivistischen Zivilrechtsordnungen hat ein Antrag auf Abschluss eines Vertrags bis zum Ablauf der Annahmefrist oder – falls eine solche nicht bestimmt wurde – für einen von den Umständen des Einzelfalls abhängigen Zeitraum bindende Wirkung. Nach amerikanischem Recht dagegen kann ein Antrag, abgesehen von einer so genannten *firm offer*, grundsätzlich bis zur Erklärung der Annahme jederzeit zurückgezogen werden;

- im deutschen, österreichischen und anderen positivistischen Zivilrechtssystemen ist der Partei, die durch einen Vertragsbruch Schaden erleidet, ein Anspruch auf Naturalrestitution zugewiesen. Gemäß den Vorschriften des UCC hingegen kann eine Naturalleistung nur dann verlangt werden, wenn es sich bei dem Vertragsgegenstand um ein Unikat handelt und die Naturalrestitution sachgerecht ist;
- nach den Vorschriften des deutschen und österreichischen Handelsgesetzbuches obliegt es dem Kaufmann, erworbene Produkte sofort nach Lieferung zu inspizieren und im Falle eines Mangels unverzüglich Anzeige zu machen. Falls die Geltendmachung des Mangels nicht unverzüglich erfolgt, verwirkt ein Kaufmann das Recht, Gewährleistungsrechte geltend zu machen. Ähnliche Vorschriften gibt es auch im schweizerischen Schuldrecht. In den Vereinigten Staaten hingegen finden derart strikte Fristen auf vergleichbare Fallkonstellationen keine Anwendung und die Folgen für einen Kaufmann, der einen Mangel nicht unverzüglich geltend macht, wiegen weniger schwer;
- in den positivistischen Zivilrechtsordnungen kann bei einem geringfügigen Mangel der Kaufsache im Unterschied zum amerikanischen Recht eine Minderung des Kaufpreises verlangt werden.

Die Auflistung von Beispielen ließe sich beliebig weiterführen. Festzuhalten bleibt, dass Unternehmen beim Vertrieb von Gütern in die USA sich auf Gemeinsamkeiten zu den ihnen vertrauten Rechtsordnungen in Deutschland, Österreich oder der Schweiz nicht verlassen können. Bei der vertraglichen Ausgestaltung eines Direktverkaufs in die USA sollten ausländische Unternehmen daher anwaltliche Beratung in den Vereinigten Staaten in Anspruch nehmen.

II. Handelsvertreter, Vertragshändler und Franchisenehmer

Ein Handelsvertreter (*sales representative*) hat die Aufgabe, potentielle Kunden anzuwerben und Aufträge über Warenlieferungen oder Dienstleistungen zu generieren (normalerweise aber nicht selbst anzunehmen). Der Handelsvertreter, manchmal auch *sales agent* genannt, wird typischerweise durch einen prozentualen Anteil an dem Wert der von ihm akquirierten Aufträge oder der in sein Vertragsgebiet gelieferten Güter entlohnt. Die Ernennung von Handelsvertretern unterliegt in den USA im Grunde keinen gesetzlichen Einschränkungen. Den Lieferanten steht

es frei, den Handelsvertreter an beliebige Territorial- oder Preisgrenzen zu binden. In den meisten Staaten der USA gibt es keine Kündigungsschutzbestimmungen, nach denen im Falle einer Kündigung des Vertragsverhältnisses mit einem Handelsvertreter Kündigungsfristen einzuhalten oder Abfindungszahlungen zu entrichten sind. Lieferanten obliegt allerdings die Pflicht, sich gegenüber Handelsvertretern nicht treuwidrig zu verhalten.

Im Gegensatz zu Handelsvertretern sind Vertragshändler (*distributors*) unabhängige Unternehmer, die auf eigene Rechnung und im eigenen Namen Waren von Lieferanten beziehen und diese gewöhnlich an Einzelhändler veräußern. Ihr Verdienst liegt normalerweise in der durch den teureren Weiterverkauf der Waren erzielten Gewinnspanne. Als unabhängige Unternehmer können sie einen Hersteller vertraglich nicht rechtswirksam gegenüber Kunden binden und tragen das wirtschaftliche Risiko des Vertriebs. Grundsätzlich kann der Hersteller also für Versprechen und Vereinbarungen eines Vertragshändlers nicht zur Verantwortung gezogen werden. Amerikanisches Kartellrecht verbietet es Unternehmen, Vertragshändlern territoriale, preisbezogene oder andere Beschränkungen aufzuerlegen. Umgekehrt hat ein Vertragshändler in den meisten Staaten der USA kein Anrecht auf eine Ausgleichszahlung im Falle seiner Kündigung.

Die Rolle des Franchisenehmers in den USA beinhaltet weitaus mehr als eine Vereinbarung über den Vertrieb bestimmter Produkte. Franchisevereinbarungen gibt es nicht nur im fast food- oder im Einzelhandelsgewerbe. Sie können zahlreiche andere Güter und Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Die Ausgestaltung von Franchiseverträgen ist vielfältig. Zahlreiche Arrangements beruhen auf einer engen Zusammenarbeit mit dem Mutterunternehmen und beinhalten gemeinsame Marketing-Strategien, Kontrollen des Geschäftsgebarens des Franchisenehmers, Vorabentrichtung von Franchisegebühren, Qualitätskontrollen, Überprüfung des operativen Geschäfts sowie die Einrichtung von Kommunikationssystemen. Eine eingehende Diskussion der verschiedenen Aspekte des Franchiserechts in den USA sprengt den Rahmen dieses Buches. Einige allgemeine Bemerkungen können aber dennoch gemacht werden. Eine Franchisevereinbarung unterliegt der Regulierung durch den Bund und die einzelnen Bundesstaaten. Die *Federal Trade Commission* kontrolliert und überwacht Franchising auf Bundesebene. Obgleich die *Federal Trade Commission* keine Anmeldung einer Franchisevereinbarung fordert und auch keine Vorgaben zur Ausgestaltung des Franchiseverhältnisses macht, auferlegt sie Franchisegebern Offenbarungspflichten gegenüber potentiellen Franchisenehmern

vor Abschluss eines Franchisevertrags. Grundsätzlich aber regeln Einzelstaaten in den USA Franchising weitaus detaillierter als der amerikanische Bundesgesetzgeber. In den Einzelstaaten werden bisweilen folgende Anforderungen gestellt:

- Anmeldung von Franchisekonzessionen vor ihrem Angebot oder Verkauf.
- Zwingende Offenlegung bestimmter Informationen gegenüber potentiellen Franchisenehmern innerhalb einer bestimmten Frist vor dem Verkauf der Konzessionen.
- Vorschriften über Werbung für den Verkauf von Franchisekonzessionen, die Beendigung und die Nichtverlängerung des Franchiseverhältnisses und die Zulassung von Franchiseverkäufern.
- Vorschriften über Fehldarstellungen und unbillige Geschäftspraktiken.

III. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Garantien

A. Allgemeine Geschäftsbedingungen („AGB")

Ausländische Unternehmen, die in den USA geschäftlich tätig werden, sollten sich des Umstands bewusst sein, dass die ihnen vertrauten AGB nach US-amerikanischem Recht nicht zur Anwendung kommen könnten. Doch selbst wenn die eigenen AGB in den USA Anwendung finden sollten, besteht die Gefahr, dass sie nur unzureichend vor Problemen und Fallstricken schützen, die in Handelsabkommen und sonstigen Geschäftsbeziehungen mit amerikanischen Unternehmen immer wieder auftreten. Wenn beispielsweise die AGB des Käufers im direkten Widerspruch zu den AGB des Verkäufers stehen, führt dies zu einem Rechtszustand, der in den USA „*battle of the forms*" genannt wird. Soweit solche Auseinandersetzungen in den USA gerichtlich verhandelt werden, zeigen sich ausländische Unternehmen von dem Ausgang häufig enttäuscht. In gleicher Weise müssen sich ausländische Unternehmen vor Augen führen, dass die Dokumentation der Geschäftsbeziehung durch den US-amerikanischen Vertragspartner (Abnehmer oder Zulieferer) für diesen regelmäßig günstig ist und im Falle einer rechtlichen Auseinandersetzung zu dessen Vorteil führen wird. Sollte der Versuch unternommen werden, die deutschen, österreichischen oder schweizerischen AGB eines Unternehmens schlicht ins Englische zu übersetzen oder anderweitig zu amerikanisieren, führt dies häufig zu unbefriedigenden Ergebnissen. Es empfiehlt sich daher für in den USA tätige ausländische Unternehmen, spezifisch

amerikanische AGB vorzubereiten, auf deren Basis Verhandlungen mit amerikanischen Geschäftspartnern geführt und die Verkaufs- und Lieferbedingungen genau festgelegt werden können.

B. Garantien

Ein ausländisches Unternehmen muss wissen, dass mit dem Verkauf von Gütern in den USA Garantien abgegeben werden. Falls diese Garantien nicht eingehalten werden, kann der Käufer verschiedene Rechtsbehelfe geltend machen. Artikel 2 des UCC enthält die gesetzlichen Regelungen für Garantien, die im Zusammenhang mit dem Verkauf von Gütern wirksam werden. Gemäß dem UCC gibt es zwei Arten von Garantien: ausdrückliche und konkludente Garantien. Eine ausdrückliche Garantie liegt vor, wenn der Verkäufer auf die Waren bezogene Zusagen macht. Falls der Verkäufer behaupten sollte, dass die verkauften Güter entgegen ihrer tatsächlichen Beschaffenheit bestimmte Eigenschaften aufweisen, kann ihn der Käufer wegen Garantieverletzung in Anspruch nehmen. Doch selbst wenn der Verkäufer keine Aussagen über bestimmte Eigenschaften des verkauften Produkts trifft, macht er – nach amerikanischem Recht - konkludent Zusagen allein aufgrund des Umstandes, dass er das Produkt verkauft. Als Beispiel hierfür lässt sich die Garantie nennen, dass die verkauften Güter handelstauglich sind: Wenn ein Verkäufer eine Ware verkauft, verspricht er, dass die Ware handelüblicher Qualität und Tauglichkeit entspricht und zu den üblichen Zwecken verwendet werden kann. Sollte sich herausstellen, dass die verkaufte Ware diese Beschaffenheit nicht aufweist, hat der Käufer, wie in allen Fällen einer Garantieverletzung, einen Anspruch auf Ersatz des Schadens (Begleit- und Folgeschäden eingeschlossen), der dem Käufer infolge der Garantieverletzung entstanden ist.

IV. Sicherungsrecht

Sicherungsrechte bilden ein weiteres Spezialthema, das beim Verkauf von Gütern in den USA zu beachten ist. Im Gegensatz zum deutschen, österreichischen oder schweizerischen Recht kennt das amerikanische Recht die Rechtsfigur des *Eigentumsvorbehalts* nicht. Grundsätzlich verbleibt dem Verkäufer in den USA nicht das Eigentum an der Kaufsache bis zum Erhalt des Kaufpreises. Ganz im Gegenteil, in den USA geht mit Unterzeichnung des Kaufvertrags das Eigentum am verkauften Gegenstand auf den Käufer über. Verkäufer in den USA sichern ihre Interessen an verkauften (aber nicht vollständig bezahlten) Gütern durch Erwerb eines so

genannten *security interest* ab. Ein *security interest* lässt sich am ehesten mit einem Registerpfandrecht vergleichen. Gesetzlich ist das Recht der *security interests* in den USA in Artikel 9 des UCC niedergelegt. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit den zahlreichen Nuancen von Artikel 9 des UCC würde den Rahmen dieses Handbuchs sprengen. Ein kurzer Überblick über die wichtigsten Grundsätze von Artikel 9 UCC dürfte an dieser Stelle aber hilfreich und angemessen sein:

Attachment und *perfection* sind die beiden zum Verständnis von Artikel 9 des UCC unentbehrlichen Schlüsselprinzipien. *Attachment* ist ein rechtstechnischer Begriff, der den Tatbestand beschreibt, dass ein *security interest* in der Rechtsbeziehung zwischen dem Kreditgeber (dem Verkäufer der Ware) und dem Kreditnehmer (dem Käufer der Ware) bestehen soll.

Damit ein *security interest* an Vermögensgegenständen des Kreditnehmers entsteht, müssen in der Regel die folgenden fünf Voraussetzungen erfüllt sein:

- der Kreditgeber muss dem Kreditnehmer Valuta geben, etwa durch die Zuwendung von Geld oder anderer Geldmittel;
- dem Kreditnehmer muss an dem Sicherungsgegenstand eine Rechtsposition zustehen;
- eine Sicherungsvereinbarung (*security agreement*) muss abgeschlossen werden;
- das *security agreement* muss den Sicherungsgegenstand genau beschreiben; und
- das *security agreement* muss entweder schriftlich verfasst sein und vom Kreditnehmer unterzeichnet werden oder es muss auf andere Weise der Nachweis erbracht werden können, dass zwischen den Parteien eine Sicherungsvereinbarung besteht.

Die Entstehung eines *security interest* am Sicherungsgegenstand ist allerdings nur der erste Schritt zur Sicherung einer besonderen Rechtsstellung: dem Sicherungsnehmer wird in der Regel daran gelegen sein, vorrangig vor anderen Gläubigern Zugriff auf den Sicherungsgegenstand zu haben. Derjenige, dessen Security Interest zuerst zur Vollendung gelangt ist, so die Faustregel, hat zumeist auch Vorrang gegenüber anderen Gläubigern, die auf den Sicherungsgegenstand zugreifen wollen. Diese Vorrangstellung eines Gläubigers im Sicherungsfall und die hierfür regelmäßige Voraussetzung der Publizität werden als *perfection* bezeichnet.

Perfection kann auf unterschiedliche Weise erreicht werden, etwa indem der Kreditgeber den Sicherungsgegenstand in Besitz nimmt. *Perfection* kann unter bestimmten Voraussetzungen sogar kraft Gesetzes eintreten. In den häufigsten Fällen aber erlangt ein Sicherungsnehmer *perfection*, indem er bei der jeweils zuständigen Behörde ein *financing statement* einreicht. Ein *financing statement* ist ein öffentliches Dokument, aus dem sich zumindest die folgenden Angaben ergeben müssen: Name und Anschrift von Kreditgeber und Kreditnehmer, Beschreibung des Sicherungsgegenstands, Klarstellung, ob der Sicherungsgeber eine natürliche oder eine juristische Person ist. Außerdem muss das *financing statement* ordnungsgemäß bei der jeweiligen Behörde unter Zahlung einer entsprechenden Gebühr eingereicht werden. Handelt es sich bei dem Sicherungsgegenstand um Grundstücke oder Gebäude, können weitere gesetzliche Anforderungen hinzutreten. Festhalten lässt sich an dieser Stelle, dass die unterschiedlichen Voraussetzungen für das Einreichen eines *financing statements* überprüft und sorgfältig beachtet werden müssen.

Der Vorteil von *perfection* lässt sich an dem folgenden Beispiel verdeutlichen: Nehmen wir an, der Kreditgeber ist ein deutscher Hersteller von Maschinen, die von einem amerikanischen Vertragshändler in den USA vertrieben werden. Aufgeworfen ist die Rechtsfrage, ob ein Abnehmer, der eine der Maschinen vom Vertragshändler in den USA kauft, sich auf den Erweb lastenfreien Eigentums an der Kaufsache gegenüber dem durch *security interest* gesicherten deutschen Herstellers an der gekauften Maschine berufen kann? Das Fallbeispiel erinnert an Konstellationen, die in Zivilrechtsordnungen unter Heranziehung des Prinzips des *Gutglaubensschutzes zu Gunsten des Erwerbers* gelöst werden. Im Allgemeinen erlangt nach amerikanischem Recht ein Käufer, der im guten Glauben davon ausgehen durfte, dass der Verkäufer eines Gegenstands rechtlich imstande war, Eigentum an dem Gegenstand zu übertragen, kraft Gesetzes lastenfreien Eigentums. Der deutsche Hersteller stünde in unserem Fallbeispiel aber dennoch nicht mit leeren Händen da. Hält er ein *perfected security interest* an der Maschine, besteht dieses kraft Gesetzes an dem Verkaufserlös (etwa am Scheck oder am geleisteten Bargeld) fort. Der deutsche Hersteller hat damit das Recht, sich direkt aus dem Verkaufserlös zu befriedigen.

Aus der Sicht eines Herstellers erscheinen die Schritte *attachment* und *perfection* schwerfällig. Artikel 9 des UCC zielt – im Einklang mit dem Geiste des Gesetzes, den wirtschaftlichen Realitäten Rechnung zu tragen - jedoch nicht darauf ab, den freien Handel zu erschweren. So ermöglicht Artikel 9 UCC einem Hersteller, der Güter an Vertragshändler in den USA auf Kredit verkauft, ein so genanntes *purchase*

money security interest an der Kaufsache zu erlangen. Dem Hersteller ist das *purchase money security interest* solange zugewiesen, bis er den vollständigen Kaufpreis von dem Vertragshändler erhalten hat. Ein *purchase money security interest* ist vergleichsweise einfach zu erlangen: Falls eine Sicherungsvereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer getroffen wurde, tritt *perfection* kraft Gesetzes ein. Dem Hersteller bleibt damit je nach Fallkonstellation erspart, ein *financing statement* bei der zuständigen Behörde einzureichen. Außerdem genießt der Inhaber eines *purchase money security interests* Vorrang vor Inhabern bestimmter anderer *perfected security interests*. Dadurch wird das *purchase money security interest* in gewissem Masse zu einem *super-security interest* gemacht.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich ein deutsches, österreichisches oder schweizerisches Unternehmen, das Waren in die USA verkauft, der Möglichkeiten und Risiken, die mit dem Erwerb von Sicherungsrechten einhergehen, bewusst sein sollte. Artikel 9 des UCC setzt sich aus vielschichtigen und zum Teil komplizierten Vorschriften zusammen. Immer wieder unterlaufen Unternehmen Fehler beim Versuch, ein *security interest* in den USA durch *attachment* und *perfection* ordnungsgemäß zu erlangen. Dem vermeintlich gesicherten Verkäufer stehen gegen einen säumigen Käufer weitaus schwächere Rechtsbehelfe zur Verfügung. Insbesondere ist ihm das Recht der vorrangigen Inanspruchnahme des Schuldners nicht zugewiesen.

V. Produkthaftungsrecht

Produkthaftung und Ausgleich für Schäden, die Personen im Umgang mit Waren erlitten haben, haben in den USA eine ausführliche Regelung erfahren. Ähnlich wie in anderen Ländern haften Hersteller, die ihre Waren in den USA verkaufen, für Schäden, die durch fahrlässiges Verhalten des Herstellers (oder des Verkäufers) entstehen. Ein Hersteller kann darüber hinaus auch für Garantieverletzungen haftbar gemacht werden. In bestimmten Fällen schließlich trifft den Hersteller oder Verkäufer sogar eine verschuldensunabhängige Haftung, sollten Dritte bei der Nutzung des von ihnen vertriebenen Produkts zu Schaden kommen. Die meisten Unternehmen, die Produkte in den USA vertreiben, schließen daher entweder in den USA oder ihrem Heimatland vor einem Tätigwerden auf dem amerikanischen Markt entsprechende Versicherungen ab. Das Thema Produkthaftungsrecht in den USA wird in Kapitel 5 ausführlich behandelt.

VI. Unlauterer Wettbewerb

Nach dem *Federal Trade Commission Act* sind unfaire und täuschende Wettbewerbsmethoden gesetzeswidrig. Der *Federal Trade Commission* (*FTC*) ist die Befugnis zugewiesen, zur Interpretation des Federal Trade Commission Act Rechtsvorschriften zu erlassen. Ihrer Kompetenz entsprechend hat die *FTC* Verordnungen geschaffen, die irreführende oder verwirrende Werbepraktiken verbieten und Unternehmen Auskunftspflichten auferlegen. Sowohl die *FTC* wie auch private Kläger können Verstöße gegen den *Federal Trade Commission Act* gerichtlich verfolgen. Neben dem *Federal Trade Commission Act* bestehen in zahlreichen Bundesstaaten der USA zudem Gesetze, die unlauteres Wettbewerbsverhalten noch weiter einschränken. Auch Verstöße gegen diese Gesetze können vom Staat oder von Privaten verfolgt werden.

VII. Kartellrecht

Amerikanisches Kartellrecht wirkt sich auf eine Vielzahl von Bereichen beim Vertrieb des Produkts aus. Ein in den USA tätiges ausländisches Unternehmen muss sich in diesem Zusammenhang in der Regel mit den folgenden Themen auseinandersetzen:

A. Gebiets- und Kundenbeschränkungen

Obwohl ein Hersteller einem Vertragshändler ein bestimmtes Vertragsgebiet zuteilen kann, ist es ihm unter Umständen untersagt, den Vertragshändler von Verkäufen außerhalb des Vertragsgebiets abzuhalten. Immerhin sind Territorialbeschränkungen nicht an sich rechtswidrig. Sie werden aber unter Heranziehung aller relevanten Sachverhaltsmerkmale auf ihre Verhältnismäßigkeit hin geprüft.

B. Preisvorgaben

Einem Hersteller ist es untersagt, seinen Vertraghändlern Preise vorzuschreiben, zu denen diese die Waren des Herstellers weiterverkaufen sollen. Herstellern steht es aber frei, Preisempfehlungen abzugeben. Sollte ein Vertragshändler sich an diese Empfehlungen nicht halten, kann der Hersteller die Geschäftsbeziehung zum Vertragshändler beenden.

C. Warenbezug

Falls ein Vertragshändler dazu verpflichtet wird, ein bestimmtes Produkt ausschließlich von einem Hersteller zu beziehen (ein konkurrierendes Produkt also nicht in sein Sortiment aufzunehmen), kann dies gegen amerikanisches Kartellrecht verstoßen.

Ein Verstoß liegt vor, wenn eine solche Vereinbarung freien Handel mit bestimmten Produkten erheblich einschränkt. Das ist häufig der Fall, wenn der betreffende Hersteller oder Vertragshändler eine wichtige Rolle in einem vergleichsweise kleinen Produktmarkt spielt. Diese Einschränkungen gelten zumeist nicht, wenn sich ausländische Unternehmen für den Produktvertrieb eines Handelsvertreters bedienen.

VIII. Zoll- und Importbestimmungen

Aufgrund einer Behördenumstrukturierung in der Folge der Terroranschläge vom 11. September 2001 ist nunmehr eine zusammengefasste Behörde für die Überwachung des Grenzverkehrs zuständig, das *Bureau of Customs and Border Protection*, abgekürzt *CBP*, das dem *Department of Homeland Security* untersteht.

Zur Einfuhr von Gütern in die Vereinigten Staaten muss formal ein Importeur benannt werden (*Importer of Record*), der für das Einhalten bestehender Gesetze und das Zahlen von Zöllen und Gebühren verantwortlich ist. Zwar gestattet das amerikanische Recht ausländischen Unternehmen, die Rolle des *Importer of Record* zu übernehmen. Häufig ist es aber im Interesse eines ausländischen Verkäufers, einen amerikanischen Vertriebshändler oder einen Endabnehmer in den USA diese Aufgabe ausführen zu lassen, da so die Last vermieden wird, alle anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zu befolgen sowie Zölle und Gebühren zu zahlen. Welche der Parteien der Form nach als Importeur auftritt, kann vertraglich vereinbart werden und wird meist unter den Lieferbedingungen des Vertrags zum Verkauf der jeweils zu importierenden Güter geregelt.

Obwohl jeder Importeur grundsätzlich das Recht hat, die relevanten Zollformulare für die zu importierenden Güter auszufüllen und bei den zuständigen Grenzbehörden einzureichen, wird hierzu meist ein so genannter *customs broker*, eine Art Zollmakler, engagiert. Nur vom *CBP* lizenzierte Zollmakler können Importeure gegenüber den Behörden als *customs broker* vertreten. Amerikanisches Recht verlangt von dem Importeur, eine Handlungsvollmacht zu unterzeichnen, die den *customs broker* als Bevollmächtigten ausweist. Gegenüber dem *CBP* ist aber weiterhin der Importeur selbst für Fehler verantwortlich, die dem *customs broker* beim Ausfüllen und Einreichen von Formularen unterlaufen. Weiterhin zu beachten ist, dass ein Kaufmann, der Waren importiert, eine Bürgschaft von einer amerikanischen Versicherungsgesellschaft benötigt. Die Bürgschaft dient als Sicherheit, dass Zölle und Geldbußen für Verstöße gegen amerikanische Importgesetze auch tatsächlich gezahlt werden.

Je nach Fallkonstellation können hunderte von amerikanischen Gesetzen bei der Einfuhr bestimmter Güter in die USA einschlägig sein. Aus zollrechtlicher Sicht hat ein Importeur jedoch gerade die folgenden drei Bereiche zu beachten: Klassifizierung, Bewertung und Kennzeichnung der zu importierenden Güter. Alle Einfuhrgüter müssen im *Harmonized Tariff Schedule* der Vereinigten Staaten klassifiziert sein. Die Klassifizierung von Gütern dient der Ermittlung der zu erhebenden Zölle. Außerdem müssen sämtliche Einfuhrgüter im Einklang mit geltendem Recht bewertet werden. Zollsätze richten sich nach dem Wert der importierten Güter. Die zu entrichtenden Zölle werden auf Grundlage der Klassifizierung und Bewertung der Importgüter ermittelt. Schließlich müssen Importeure darauf achten, dass die Waren mit dem Namen des jeweiligen Herkunftslands in englischer Sprache gekennzeichnet sind, so dass ein Endabnehmer in den USA in Erfahrung bringen kann, aus welchem Land ein Produkt stammt.

Importeure sollten die Einhaltung zollrechtlicher Bestimmungen in den USA ernst nehmen. Bis 1994 reichte es noch aus, eine zutreffende Beschreibung des importierten Guts bei den amerikanischen Zollbehörden einzureichen. Inzwischen aber müssen bei der Beschreibung gesetzliche Vorgaben beachtet werden, die festlegen, wie ein Produkt zu klassifizieren und zu bewerten ist. Aufgabe des *CBP* ist es, die Richtigkeit der von einem Importeur angegebenen Daten zu überprüfen. Importeure tragen also letztlich die Verantwortung dafür, dass Klassifizierung und Bewertung der zu importierenden Güter im Einklang mit bestehenden Gesetzen vorgenommen werden. Macht sich ein Importeur nicht hinreichend mit den bestehenden zollrechtlichen Bestimmungen vertraut oder missachtet er bei deren Anwendung und Auslegung die gebotene Sorgfalt, können ihm beträchtliche Bußgelder auferlegt werden.

Kapitel 2
US-amerikanische Gesellschaften

Das folgende Kapitel befasst sich mit einem „robusteren" Weg, in den US-amerikanischen Markt einzudringen als über Direktverkäufe oder Verkäufe durch Handelsvertreter oder Vertragshändler: Der Geschäftsbetrieb durch eine US-amerikanischen Gesellschaft. Um ein tieferes Verständnis der mit einem solchen Engagement verbundenen Konsequenzen zu vermitteln, befasst sich dieses Kapitel mit den verschiedenen Gesellschaftsformen, die sich zur Einrichtung einer dauerhaften Präsenz anbieten. Dabei stehen drei Gesellschaftsformen mit beschränkter Haftung im Vordergrund: *Corporations, Limited Liability Companies* und *Limited Partnerships*. Welche Gesellschaftsform letztlich am geeignetsten ist, die Präsenz auf dem US-Markt zu etablieren, hängt von vielen, insbesondere steuerlichen Aspekten ab.

I. Corporations

Die einzige Gesellschaft in den USA, bei der Aktien (*Shares*) gezeichnet werden, ist die *Corporation*. Das amerikanische Gesellschaftsrecht enthält für die Corporation nur wenige zwingende Vorschriften. Auch wenn die *Corporation* meistens mit der deutschen Aktiengesellschaft verglichen wird, ähneln die gesetzlichen Vorgaben doch eher den flexiblen Regelungen des deutschen GmbH-Rechts - ohne die Zahl der Anteilseigner (die „*Close Corporation*" ausgenommen) zu begrenzen und die Übertragbarkeit der Akten einzuschränken. Der Gestaltungsspielraum ist groß, so dass sich eine Corporation weitestgehend frei nach Wunsch und Bedarf des ausländischen Investors gestalten lässt.

A. Gründung einer Corporation

1. Gründungsort

In den Vereinigten Staaten gibt es kein bundeseinheitliches Gesellschaftsrecht. Die Regelung der Gründung einer *Corporation* und ihres weiteren Geschäftsbetriebs ist in großem Umfang den einzelnen Bundesstaaten überlassen. Eine *Corporation* kann nach dem Recht eines jeden Bundesstaates gegründet werden, ihren Geschäftssitz aber in einem anderen Bundesstaat haben. Wichtig für die Anerkennung der Rechtsform ist nur, dass die Gesellschaft in jedem Staat, in dem sie Geschäfte

betreibt, dazu auch berechtigt ist. Dies bedeutet, dass Investoren das Recht desjenigen Bundesstaates wählen können, das ihren Zielen am ehesten entspricht. Das Gesellschaftsrecht des Bundesstaates Delaware etwa ist in seiner Grundkonzeption nicht formalistisch angelegt. Dieser Wesenszug kann für ausländische Anteilseigner und Geschäftsführer von besonderem Vorteil sein. Der nach dem *Delaware Law* bestehenden jährlichen Berichtspflicht kann ohne viel Aufwand genügt werden. Das Delaware Recht und seine Anwendung eignen sich damit für Gesellschaften, deren Tätigkeitsschwerpunkt sich nicht im Bundesstaat Delaware befindet. Hinzu kommt, dass die Gerichte in *Delaware* in gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen sehr versiert sind. Auf der anderen Seite kann eine in *Delaware* registrierte Gesellschaft, die ihre Geschäfte in einem anderen Bundesstaat betreibt, dazu verpflichtet sein, jährlich doppelt „*Franchise Fees*" zu zahlen. Dieser Umstand kann ausschlaggebend sein, die *Corporation* doch in dem Gliedstaat zu gründen, in dem sie (hauptsächlich) ihre Geschäfte betreiben wird. Aufgrund der praktischen Überlegenheit des *Delaware Law* beziehen sich in diesem Kapitel alle Verweise auf Vorschriften dieses Rechts, es sei denn etwas anderes ist ausdrücklich angegeben.

Im Allgemeinen machen die Gesetze der Bundesstaaten keine Vorgaben hinsichtlich der Nationalität oder des Wohnsitzes von *Directors* und *Officers* oder Anteilseignern einer *Corporation*. Dieser Aspekt spielt daher bei der Wahl des Gründungsortes für einen ausländischen Investor meist keine Rolle. Mit wenigen Ausnahmen kann eine *Corporation* jederzeit ohne wesentliche steuerliche Nachteile ihren Sitz in einen anderen Gliedstaat verlegen. Die Durchführung einer solchen Sitzverlegung kann allerdings recht teuer sein.

2. Gründungsformalitäten

Eine *Corporation* entsteht in der Regel mit Einreichen ihrer Gründungsurkunde (*Certificate of Incorporation*) oder – nach dem Recht einiger Bundesstaaten ebenfalls ausreichend – mit dem Einreichen ihrer Satzung (*Articles of Association*), bei dem in *Secretary of State* des Gründungsstaates. Die Gründungsurkunde kann von jedem Gründer unterzeichnet werden und muss daher nicht vom ausländischen Investors bzw. einem seiner Mitarbeiter unterschrieben sein. Besondere Formerfordernisse, zum Beispiel die notarielle Beurkundung, bestehen nicht. Eine *Corporation* kann daher innerhalb weniger Tage oder gar weniger Stunden gegründet werden.

3. Firmenbezeichnung

In den meisten Bundesstaaten muss die Firma – also der Name der *Corporation* – einen Hinweis auf ihre Rechtsform, wie zum Beispiel „*Corporation*", „*Incorporated*", „*Limited*", „*Company*" oder eine entsprechende Abkürzung, enthalten. Die Firma muss sich außerdem von den Firmen anderer bereits bestehender *Corporations* unterscheiden. In den meisten Gliedstaaten besteht die Möglichkeit, entweder telefonisch oder über die Internetseite des *Secretary of State* abzufragen, ob die beabsichtigte Firmenbezeichnung noch zur Verfügung steht. Da das Gesellschaftsrecht in den USA nicht einheitlich, sondern nur auf bundesstaatlicher Ebene geregelt ist, kann es sein, dass die Firmenbezeichnung in einem Bundesstaat verfügbar, in vielen anderen Bundesstaaten aber bereits vergeben ist. Anders als in vielen anderen Rechtsordnungen, kann man in den USA nahezu jede Firmenbezeichnung verwenden. Insbesondere muss die Firmenbezeichnung keinerlei Tätigkeitsbeschreibung enthalten. Eine bestimmte Firmenbezeichnung kann für einen begrenzten Zeitraum reserviert werden, wenn das Einreichen der Gründungsurkunde abzusehen ist.

4. Gesellschaftszweck

Der Gesellschaftszweck kann sehr weit gefasst werden und etwa die Auffangformulierung „alle gesetzlich erlaubten Zwecke" beinhalten. Trotz der in manchen Bundesstaaten erlaubten weiten Formulierung des Gesellschaftszwecks müssen der Umschreibung dennoch gewisse Hinweise auf den von der Gesellschaft eigentlich verfolgten Geschäftszweck zu entnehmen sein. Durch eine Änderung der Gründungsurkunde kann der Gesellschaftszweck später geändert werden.

5. Ablauf der Gründung

Eine *Corporation* wird im Wesentlichen in folgenden Schritten gegründet:

- Die Gründungsurkunde wird von einem der Gründer unterzeichnet und beim *Secretary of State* des Staates Delaware eingereicht.
- Das Muster der Gründungsurkunde geht davon aus, dass eine natürliche Person als Gründer agiert und die *Corporation Trust Company* als registrierter Vertreter in Delaware handeln wird. Bei der *Corporation Trust Company* handelt es sich um eine Gesellschaft, deren Hauptgeschäft die Vertretung von *Corporations* ist. Außerdem wird in dem Muster davon ausgegangen, dass die Geschäftsadresse der *Corporation Trust Company* die in Delaware registrierte

Adresse der neu zu gründenden Gesellschaft sein wird. In den meisten Bundesstaaten bedarf es nur eines Gründers. Die Anteilseigner zeichnen alle *Shares*, die bei Gründung der Gesellschaft ausgegeben werden und leisten ihre Einlage. Dies kann noch vor Einreichen der Gründungsurkunde geschehen. Ein Mindestkapital muss nicht aufgebracht werden (siehe dazu auch unten, „Shares und Kapital").

- Der Gründungsvorstand (*Initial Board of Directors*), dessen Mitglieder entweder in der Gründungsurkunde benannt oder vom Gründer bestellt werden, halten die Gründungsversammlung ab, auf der meist folgende Tagesordnungspunkte behandelt werden:

  (i) Genehmigung der Gründungsurkunde und der Handlungen des Gründers;

  (ii) Verabschiedung der *Bylaws*. Die *Bylaws* regeln die Organisation und den Betrieb der Gesellschaft. Gründungsurkunde und *Bylaws* in ihrer Gesamtheit entsprechen etwa der im deutschen Recht bekannten Satzung. Die *Bylaws* einer privat gehaltenen *Corporation* bleiben ein nicht öffentliches Dokument, das heißt sie werden nicht beim *Secretary of State* eingereicht. Die *Bylaws* können nur durch stimmberechtigte Anteilseigner ergänzt werden, es sei denn, in der Gründungsurkunde ist etwas anderes vorgesehen. Wesentliche Unterschiede im Recht der einzelnen Bundesstaaten bestehen insoweit nicht;

  (iii) Bestellung der *Officers* der *Corporation* (siehe zu diesen auch unten „Interne Organisation");

  (iv) Ermächtigung der *Officers*, in allen Bundesstaaten einen Antrag auf Zulassung der *Corporation* zum Geschäftsbetrieb zu stellen, in denen eine solche Zulassung aufgrund der Art und des Umfangs des Geschäftsbetriebs der *Corporation* erforderlich wird;

  (v) Festlegung des Geschäftsjahres, eines Unternehmenssiegels und der Gestaltung der Anteilsurkunden;

  (vi) Genehmigung der Eröffnung einer Bankverbindung;

  (vii) Annahme der Zeichnungserklärungen für die *Shares* der *Corporation*;

(viii) Bestellung eines etwaig vorgesehenen unabhängigen Abschlussprüfers; grundsätzlich brauchen Gesellschaften, deren Anteile nicht öffentlich gehandelt werden, nach amerikanischem Recht keinen Abschlussprüfer zu bestellen; die Banken der *Corporation* und ihre Hauptgläubiger verlangen aber üblicherweise, dass ihnen von unabhängigen Wirtschaftsprüfern testierte Jahresabschlüsse vorgelegt werden;

(ix) Genehmigung etwaiger Verträge zwischen den Anteilseignern; eine derartige Genehmigung ist allerdings nicht zwingend vorgeschrieben.

Der Vorstand (*Board of Directors*) fasst diese Beschlüsse meist nicht in einer Versammlung, sondern im Umlaufverfahren, das heißt mittels schriftlicher Beschlüsse, die von allen *Directors* unterschrieben werden.

Von den Steuerbehörden (*Internal Revenue Service, IRS*) erhält die Gesellschaft eine staatliche Arbeitgeber-Identifikationsnummer (*Federal Employer Identification Number*). Ferner wird im Namen der *Corporation* eine Bankverbindung eröffnet. Ab diesem Zeitpunkt ist die *Corporation* berechtigt, alle Rechtsgeschäfte zu tätigen, die vom Gesellschaftszweck gedeckt und nicht rechtswidrig sind.

Auch wenn die *Corporation* unter dem Recht eines anderen Bundesstaates errichtet wird, ähneln die Schritte denen soeben für den Staat Delaware dargestellten weitestgehend. Manche Staaten verlangen, dass ein Mindestkapital (üblicherweise $ 500 oder $ 1.000) eingezahlt werden muss, bevor die *Corporation* ihre Geschäfte aufnimmt. In Delaware und in vielen anderen Staaten kann eine *Corporation* ihre Geschäfte sogar aufnehmen, ohne dass Einlagen geleistet oder Anteile gezeichnet wurden.

B. Gesellschaftsanteile und Gesellschaftskapital

1. Stammaktien (*Common Shares*) und Vorzugsaktien (*Preferred Shares*)

Die Stammaktien, die eine *Corporation* ausgibt, werden als *Common Shares* oder als *Stock* bezeichnet. Eine Corporation kann außerdem Vorzugsaktien, also *Preferred Shares*, ausgeben. Das sind Anteile, die bei Gewinnausschüttungen oder auch im Falle einer Liquidation der Gesellschaft Vorrechte genießen. *Preferred Shares* können von der Gesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen zu einem festgelegten Preis oder zu einem Preis, der nach einer zuvor festgelegten Formel ermittelt wird, zurückgekauft werden. Wie unten näher ausgeführt, können die Vorzugsdividendenansprüche,

auch wenn sie normalerweise nur befriedigt werden dürfen, wenn und soweit die Gesellschaft Gewinn macht, als anwachsend ausgestaltet werden; das heißt, dass die Gewinnansprüche in Jahren, in denen die Gesellschaft keinen Gewinn erzielt, als Verbindlichkeit der Gesellschaft bestehen bleiben. Diese aufgelaufenen Verbindlichkeiten sind dann aus späteren Gewinnen zu tilgen, bevor – nach dem üblichen Gewinnvorab – wieder Ausschüttungen auf *Common Shares* vorgenommen werden dürfen. Die Möglichkeit, sowohl *Common Shares* als auch – häufig mit der Aufnahme von Gesellschafterdarlehen kombiniert – *Preferred Shares* auszugeben, verschafft den Investoren bei der Finanzierung ihrer US-Tochtergesellschaft einen beträchtlichen Gestaltungsspielraum.

2. Genehmigtes Kapital (*Authorized Shares*)

Die Gesellschafter müssen nicht alle Anteile zeichnen, die eine *Corporation* aufgrund ihrer Gründungsurkunde auszugeben berechtigt ist. Häufig ist eine *Corporation* berechtigt, weit mehr Anteile auszugeben, als sie es zunächst tut. Der Vorstand kann beschließen, dass die *Corporation* zusätzliche Anteile bis zu der in der Gründungsurkunde (*Certificate of Incorporation*) genannten Gesamtanzahl der *Authorized Shares* ausgibt. Zur Erhöhung der Gesamtanzahl der *Authorized Shares* muss dagegen die Gründungsurkunde selbst geändert werden, was nicht nur einen Beschluss des Vorstands, sondern auch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung erfordert.

3. Rückerworbene Aktien (*Treasury Shares*)

Eine *Corporation* kann in bestimmten Grenzen eigene Anteile zurückkaufen. Das Stimmrecht dieser so genannten *Treasury Shares* darf nicht ausgeübt werden, ebenso dürfen auf *Treasury Shares* keine Ausschüttungen vorgenommen werden. Die *Corporation* kann über die *Treasury Shares* in gleicher Weise verfügen wie über jeden anderen Vermögensgegenstand, vorausgesetzt sie hält sich an die wertpapierrechtlichen Vorgaben des Bundesrechts und des Rechts der einzelnen Bundesstaaten.

4. Anteile mit und ohne Nennwert (*Par* und *No-Par Shares*), keine Anteile auf den Inhaber (*Bearer Shares*)

Eine *Corporation* kann grundsätzlich sowohl Anteile mit als auch ohne Nennwert ausgeben. Nennwertlose Anteile (*No-Par Shares*) bieten zwar eine größere Flexibilität, wenn die Corporation aber sehr viele Anteile ausgibt, können Anteile mit einem

Nennwert (*Par Shares*) von beispielsweise $ 0,01 oder $ 0,001 zu einer Ersparnis bei den Franchise-Steuern führen. Viele ausländische Investoren entscheiden sich aus Gewohnheit für Par Shares. Anteile auf den Inhaber (*Bearer Shares*) sind in den USA nicht zulässig. Jeder Gesellschafter ist daher in einem Verzeichnis der *Corporation* aufgeführt. Die Identität der Gesellschafter braucht normalerweise nicht offen gelegt werden.

5. Stimmrechtslose Anteile (*Non-Voting Stock*)

Delaware *Corporations*, aber auch andere *Corporations*, können eine oder mehrer Anteilsgattungen ausgeben, die nur ein begrenztes Stimmrecht oder gar kein Stimmrecht gewähren (*Non-Voting Stock*). Gewährt ein Anteil Stimmrechte, dann muss das Stimmgewicht in einem angemessenen Verhältnis zur Kapitalbeteiligung oder zum wirtschaftlichen Interesse des Anteilseigners stehen.

6. *Stated Capital* und *Surplus*

Im Gegensatz zu vielen anderen Rechtsordnungen sind die Kapitalaufbringung und die Kapitalerhaltung im amerikanischen Gesellschaftsrecht sehr flexibel. Dem Kapitalschutz kommt eine viel geringere Bedeutung zu. Die Förderung des Unternehmenswachstums spielt eine größere Rolle als der Erhalt des Grundkapitals. Darüber hinaus besteht meist nur ein unbedeutender Zusammenhang zwischen dem Stammkapital und dem tatsächlichem Geschäftsumfang eines Unternehmens. In den Vereinigten Staaten achten die Geschäftspartner einer *Corporation* in erster Linie auf deren Nettowert (*Net Value*), der sich aus der Bilanz entnehmen lässt, nicht aber auf das Grundkapital (*Stated Capital*). Daher ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Vorstand einer *Corporation* wegen einer Verletzung von Kapitalschutzvorschriften haftbar gemacht wird, in den Vereinigten Staaten deutlich geringer als in Europa. Wenn Anteile über ihrem Nennwert ausgegeben werden (oder im Falle von nennwertlosen Anteilen zu einem Gesamtbetrag ausgegeben werden, der das *Stated Capital* übersteigt), so bezeichnet man diesen Überschuss als *Paid-In Surplus* (vergleichbar mit der Kapitalrücklage). Es ist üblich, dass nur ein Teil der von den Gesellschaftern erbrachten Einlagen als *Capital*, der Restbetrag dagegen als *Paid-In Surplus* verbucht wird. In vielen Gliedstaaten dürfen diese Rücklagen ausgeschüttet werden, was zusätzlichen Gestaltungsspielraum in Bezug auf die Finanzierung der Gesellschaft schafft. Einzelheiten folgen unten unter „Finanzierung".

7. Bar- und Sacheinlagen, Einlageleistungen durch Dienstleistungen

Shares können gegen Bareinlage, gegen Leistung von unbeweglichem oder beweglichem Vermögen, gegen Schuldscheine oder gegen bereits erbrachte Dienstleistungen ausgegeben werden. Bei der Ausgabe von *Shares* mit Nennwert (*Par Shares*) muss dieser Wert durch die Einlageleistung gedeckt sein. *Shares* dürfen nicht gegen Dienstleistungen ausgegeben werden, die noch nicht erbracht worden sind. Sacheinlagen brauchen nicht durch einen Sachverständigen bewertet werden. Ebenso wenig ist eine gerichtliche Zustimmung zur Sacheinlageleistung erforderlich. Nach dem Recht der meisten Gliedstaaten werden Sacheinlagen vom *Board of Directors* abschließend bewertet. Diese Bewertung ist - vorausgesetzt es liegt kein Betrug vor - verbindlich.

8. Einschränkungen bei der Anteilsübertragung

Nach amerikanischem Gesellschaftsrecht bestehen kaum Beschränkungen für die Übertragung von *Shares*. Bei *Corporations* mit mehr als einem Gesellschafter, bei denen die persönliche Verbindung der Gesellschafter im Vordergrund steht (*closely held corporations*), bestehen aber praktische Bedürfnisse, die freie Übertragbarkeit der *Shares* einzuschränken. Entsprechende Verträge zwischen den Gesellschaftern sind wirksam und können die Übertragbarkeit auf folgende Arten einschränken:

a. Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Gesellschafter oder des Board of Directors

Nach dem Recht mancher Bundesstaaten kann die Übertragung von *Shares* von der Zustimmung einer festgelegten Mehrheit der Gesellschafter oder von einer Zustimmung der *Directors* abhängig gemacht werden. Dann können die *Shares* ohne eine solche Zustimmung nicht wirksam übertragen werden, es sei denn die Zustimmung wird missbräuchlich verweigert. Nach dem Recht anderer Bundesstaaten ist eine solche Beschränkung jedoch nicht ausdrücklich zulässig, so dass die Gefahr besteht, dass eine entsprechende Bestimmung in den Gesellschaftsstatuten die Wirksamkeit versagt wird. Das gilt insbesondere dann, wenn der Zustimmungsvorbehalt einem absoluten Übertragungsverbot gleichkäme, da ein derartiges Verbot dem *ordre public* widerspräche. Nochmals, ein Zustimmungsvorbehalt darf nicht missbräuchlich ausgeübt werden.

b. Übertragungsverbot an bestimmte Personen oder Personengruppen

Es ist in Delaware, Illinois und einigen anderen Bundesstaaten außerdem möglich, eine Übertragung an bestimmte Personen oder Personengruppen zu untersagen, zum Beispiel eine Übertragung an Wettbewerber.

c. Andienungsrecht und Vorkaufsrecht

Es ist üblich, ein Andienungsrecht (*right of first offer*) oder ein Vorkaufsrecht (*right of first refusal*) zu vereinbaren. Wenn ein Gesellschafter seine *Shares* ganz oder teilweise verkaufen will, haben die *Corporation* oder bestimmte Gesellschafter dann ein Vorrecht auf den Erwerb. Dieses Erwerbsvorrecht besteht im Fall eines Andienungsrechts zu einem Preis und zu Bedingungen, die bereits vorher festgelegt wurden, oder – im Fall eines Vorkaufsrechts – zum Preis und zu den Bedingungen, die der Dritte anbietet. Üblicherweise bestehen solche Erwerbsvorrechte darüber hinaus nur soweit, dass es den Gesellschaftern möglich ist, ihre bestehende Beteiligungsquote aufrechtzuerhalten. Solche Beschränkungen sind zwar in den Vereinigten Staaten allgemein anerkannt, können aber die Fungibillität der *Shares* erheblich vermindern, insbesondere dann, wenn die entsprechenden Regelungen nicht mit großer Sorgfalt entworfen worden sind.

d. Bezugsrecht

Im Gegensatz zum Recht anderer Bundesstaaten, in denen ein abdingbares Bezugsrecht existiert, sind die Gesellschafter in Delaware nicht kraft Gesetzes berechtigt, neu ausgegebene Shares zu zeichnen. Allerdings kann in der Gründungsurkunde (*Certificate of Incorporation*) einer neuen *Corporation* ein Bezugsrecht statuiert werden.

e. Bekanntmachung etwaiger Beschränkungen

Die vorgenannten Übertragungsbeschränkungen können in Form einer entsprechenden Regelung Eingang in die Gründungsurkunde (*Certificate of Incorporation*) oder die *Bylaws* finden. Häufiger ist es jedoch der Fall, dass eine solche Regelung in einem privatschriftlichen Vertrag zwischen den Anteilseignern vereinbart wird. Unabhängig davon, in welchem Gesellschaftsstatut die Beschränkung begründet wird, muss sie auf der Rückseite des Anteilsscheins (*Share Certificate*) vermerkt werden, um sicherzustellen, dass sie gegenüber Dritten bindende Wirkung entfaltet. Da es in den Vereinigten Staaten kein Handelsregister gibt, ist dies das einzige Mittel, Dritte wirksam über die Existenz einer solchen Beschränkung in Kenntnis zu setzen.

C. Organisation und Corporate Governance

1. Organisation

Die *Corporation* besteht im Wesentlichen aus drei Gruppierungen: die Gesellschafter (*Shareholders oder Stockholders*), der Vorstand (*Board of Directors*) und das mit besonderer Funktion ausgestattete, höhere Management (*Officers*).
Die Aufgabenbereiche dieser Gruppierungen weichen von den aus anderen Rechtsordnungen bekannten Funktionszuweisungen ab und können wie folgt beschrieben werden:

*a. Die Gesellschafter (*Shareholders*)*

Die Gesellschafter sind die Eigentümer der *Corporation*. Im amerikanischen Recht bestehen keine Einschränkungen hinsichtlich der Nationalität oder des Wohnsitz der Gesellschafter einer *Corporation*. Davon ausgenommen sind in manchen Bundesstaaten lediglich einzelne besonders regulierte Branchen, etwa Banken oder Versicherungen.
Eine *Corporation* kann sowohl bei Gründung als auch in der Folgezeit nur einen einzigen Gesellschafter haben, ohne dass ein besonderes Risiko bestünde, dass der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der *Corporation* haftet. Weitere Einzelheiten zur Frage der beschränkten Haftung finden sich in Kapitel 7 – Haftungsfragen.
Die Gesellschafter haben folgende Kompetenzen:

(1) Wahl der *Directors*

Nach den Bestimmungen der meisten Bundesstaaten können die Gesellschafter den gesamten Vorstand (*Board of Directors*) mit einfacher Mehrheit wählen. Jedoch kann die Gründungsurkunde (*Certificate of Incorporation*) eine Proporzbesetzung vorsehen, wonach die Gesellschafter das *Board of Directors* in Verhältnis ihres jeweiligen Beteiligungsumfangs besetzen dürfen. Das kann dazu führen, dass Minderheitsgesellschafter einen oder gar mehrere Personen in das *Board* entsenden können. Wenn Minderheitsgesellschaftern aber ein solches Recht garantiert werden soll, sollte dies in einem separaten Vertrag zwischen den Gesellschaftern vereinbart werden.

(2) Fusion, Verkauf von Vermögensgegenständen und Auflösung

Eine Fusion, der Verkauf aller oder aller wesentlichen Vermögensgegenstände oder die Auflösung der Gesellschaft bedarf der mehrheitlichen Zustimmung der Gesellschafter. In manchen Bundesstaaten reicht die einfache Mehrheit aus, in anderen Bundesstaaten ist eine qualifizierte Mehrheit erforderlich. In New York

müssen zum Beispiel Fusionen oder die Auflösung der Gesellschaft mit einer Zweidrittelmehrheit der ausgegebenen und stimmberechtigten Anteile beschlossen werden.

(3) Änderung der Gründungsurkunde und der *Bylaws*

Die Gesellschafter können die Gründungsurkunde (*Certificate of Incorporation*) durch einfachen Mehrheitsbeschluss ändern, sofern nicht in der Gründungsurkunde selbst oder in einem Vertrag zwischen den Gesellschaftern etwas anderes vorgeschrieben ist. In manchen Staaten ist eine qualifizierte Mehrheit erforderlich. Außerdem können die Gesellschafter nach dem Recht der meisten Bundesstaaten auch die *Bylaws* mit einfacher Mehrheit ändern. In vielen Bundesstaaten kann diese Befugnis gleichzeitig dem *Board of Directors* aufgrund einer entsprechenden Regelung in der Gründungsurkunde oder in den *Bylaws* zugewiesen werden.

(4) Dividendenbeschlüsse

Die Gesellschafter sind nicht berechtigt, über Dividenden Beschluss zu fassen. Wie unten ausgeführt, steht dieses Recht in einer *Corporation* nur dem Board of Directors zu.

(5) Sonstiges

Die Gesellschafter können in einem gewissen Umfang die Rechte des *Board of Directors* beschränken und bestimmte Entscheidungen unter den Vorbehalt ihrer Zustimmung stellen.

Die Gesellschafter üben ihre Rechte in der Gesellschafterversammlung aus. Eine solche Versammlung muss mindestens einmal pro Jahr an einem in den *Bylaws* festgelegten Tag stattfinden, es sei denn die Gesellschafter entscheiden sich stattdessen für eine Beschlussfassung im schriftlichen Umlaufverfahren (siehe unten). Die Gesellschafter können außerdem zu jeder Zeit eine außerordentliche Versammlung einberufen. Bei der Gesellschafterversammlung ist folgendes zu beachten:

(a) Einberufung

Die Gesellschafterversammlung muss in Übereinstimmung mit den *Bylaws* und den einschlägigen Regelungen des jeweiligen Bundesstaates und grundsätzlich mit einer Frist von mindestens zehn und höchstens 60 Tagen einberufen werden. Das amerikanische Wertpapierrecht kann abweichende Fristen vorsehen, die vorrangig

zu beachten sind. Ein Gesellschafter kann entweder ausdrücklich auf eine ordnungsgemäße Einberufung verzichten, oder aber auch konkludent, wenn er an der Versammlung teilnimmt und die mangelhafte Einberufung nicht ausdrücklich rügt.

(b) Beschlussfähigkeit

Nach dem Recht der meisten Bundesstaaten ist die Versammlung beschlussfähig, wenn die Mehrheit der stimmberechtigten Anteile vertreten ist, es sei denn für den zu fassenden Beschluss ist eine größere Stimmenmehrheit erforderlich. In Delaware kann in der Gründungsurkunde (*Certificate of Incorporation*) oder in den Bylaws festgelegt werden, dass die Beschlussfähigkeit schon bei Teilnahme von nur einem Drittel der stimmberechtigten Anteile gegeben ist.

(c) Stimmrechtsvollmacht (Proxy)

Die Gesellschafter können sich bei den Abstimmungen auch vertreten lassen. Die durch einen Bevollmächtigten vertretenen Stimmrechte werden bei der Ermittlung der Beschlussfähigkeit mitgezählt. Stimmrechtsvollmachten sind grundsätzlich widerruflich und verlieren automatisch ihre Gültigkeit, wenn eine neue Vollmacht erteilt wird.

(d) Beschlussfassung im Umlaufverfahren

Statt in einer förmlichen Versammlung können die Gesellschafter auch einen schriftlichen Umlaufbeschluss fassen. Solch ein Beschluss ist in den meisten Bundesstaaten wirksam, sofern er mit der erforderlichen Mehrheit zustande gekommen ist. Schriftliche Beschlüsse sind vor allem dann von Vorteil, wenn es sich um eine 100%ige Tochtergesellschaft handelt, weil dann der Alleingesellschafter nicht den Aufwand betreiben muss, eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, an der nur er selbst teilnimmt.

b. Board of Directors

Eine *Corporation* wird grundsätzlich von ihrem Vorstand (*Board of Directors*) geleitet. Dieser ist berechtigt, alle wesentlichen gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen durchzuführen, sofern dies nicht ausdrücklich den Gesellschaftern vorbehalten ist. *Corporations* haben nur ein geschäftsführendes Gremium, das *Board of Directors*; einen Aufsichtsrat gibt es dagegen, anders als etwa bei einer deutschen Aktiengesellschaft, nicht.

Auch wenn es nach dem Recht der meisten Gliedstaaten zulässig ist, dass das *Board of Directors* nur aus einer Person besteht, hat ein Board meist mehrere Mitglieder, in der Regel drei oder fünf. *Director* kann nur eine natürliche Person sein. Grundsätzlich ist es nicht erforderlich, dass ein *Director* die amerikanische Staatsbürgerschaft oder seinen Wohnsitz in den USA bzw. in dem betreffenden Bundesstaat innehat. Einzelne Staaten verlangen dies jedoch für *Directors* von Gesellschaften in bestimmten Geschäftsbereichen, so zum Beispiel bei Versicherungen und Banken. Ferner ist nach amerikanischem Bundesrecht eine ausländische Betätigung in manchen Industriezweigen, die als besonders sensibel empfunden werden, Beschränkungen unterworfen (z.B. in der Verteidigungs- und Kommunikationstechnik und in der Fischereiindustrie). *Directors* müssen nicht notwendigerweise Gesellschafter sein und bedürfen daher keiner Pflichtaktien.

Wie bereits gesagt, ist das *Board of Directors* berechtigt, alle wesentlichen gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen durchzuführen, deren Durchführung nicht den Gesellschaftern vorbehalten ist.

(1) Geschäftsführung

Die *Directors* leiten als Gruppe die *Corporation*. Das *Board of Directors* legt die Unternehmensstrategie fest und ist für deren Umsetzung verantwortlich. Es beschließt über die Durchführung wesentlicher Geschäftsmaßnahmen. Das operative Tagesgeschäft wird allerdings meist an das leitende, höhere Management, die so genannten *Officers*, delegiert. Die *Officers* unterliegen insoweit der Kontrolle des *Board of Directors*.

Normalerweise vertreten nicht die *Directors* die Gesellschaft gegenüber Dritten, sondern die *Officers*.

(2) Ausschüttungen

Anders als beim europäische Modell sind die *Directors* einer Corporation berechtigt, einen Ausschüttungsbeschluss ohne die Mitwirkung der Gesellschafter zu fassen.

(3) Fusion, Zusammenlegung und Auflösung

In der Regel wird die Geschäftsführung Maßnahmen wie eine Fusion, eine Verschmelzung oder gar die Auflösung der Gesellschaft den Anteilseignern vorschlagen.

(4) Sitzungen

Die *Directors* handeln in der Regel als Kollegialorgan und fassen ihre Beschlüsse in Sitzungen, die in Übereinstimmung mit den *Bylaws* einberufen werden müssen. Die Beschlüsse werden - sofern in der Sitzung die beschlussfähige Mehrheit vertreten ist - in der Regel von einer einfachen Mehrheit der anwesenden und abstimmenden *Directors* gefasst. Grundsätzlich müssen die *Directors* bei der Sitzung persönlich anwesend sein. Sie können aber auch telefonisch mittels Konferenzschaltung teilnehmen. Folgendes ist zu beachten:

(a) Einberufung

Die Einberufungsfrist für Sitzungen des *Board of Directors* ist in der Regel sehr kurz und beträgt manchmal nur 24 Stunden. Ausländische Investoren verlangen regelmäßig längere Fristen, insbesondere wenn *Directors* in anderen Kontinenten beheimatet sind. Das amerikanische Recht bietet insoweit großen Gestaltungsspielraum. Außerdem kann auf die Einberufung jederzeit ausdrücklich und schriftlich oder konkludent durch Teilnahme an der Sitzung verzichtet werden.

(b) Beschlussfähigkeit

Die Beschlussfähigkeit liegt vor, wenn eine Mehrheit der *Directors* anwesend ist, sofern die Gründungsurkunde oder die *Bylaws* nichts Abweichendes festlegen. Nach dem Recht der meisten Bundesstaaten kann zum Beispiel bestimmt werden, dass die Anwesenheit von mindestens einem Drittel der *Directors* ausreicht.

(c) Stimmrechtsvollmachten

Die *Directors* einer *Corporation* dürfen sich bei der Abstimmung nicht vertreten lassen. Grund dafür ist, dass die *Corporation* bei den Entscheidungen von der persönlichen Erfahrung und dem Urteilsvermögen der *Directors* profitieren soll.

(d) Beschlussfassung im Umlaufverfahren

Die *Directors* können auch einen schriftlichen Umlaufbeschluss fassen, der von jedem einzelnen Director unterschrieben werden muss. Aus diesem Grunde ist es nicht erforderlich, überhaupt jemals Sitzungen abzuhalten, auch nicht im Rahmen der Gründung der Gesellschaft. Das ist für ausländische Investoren sehr vorteilhaft.

c. Das leitende Management - die Officers

Das *Board of Directors* delegiert üblicherweise die Verantwortung für das Tagesgeschäft der Corporation auf das leitende Management, die so genannten Officers. Weil es in den Vereinigten Staaten kein Handelsregister gibt, verlassen sich Dritte

üblicherweise darauf, dass jemand, der als *Officer* auftritt, über die mit diesem Titel verbundenen Kompetenzen verfügt. Die Titel sollten daher mit Sorgfalt gewählt werden. *Officers* haben in der Regel keine unbeschränkte Vertretungsmacht, und ein Dritter, der mit der *Corporation* Geschäfte macht, erwartet dies auch nicht. Zu den *Officers* zählen der *Chief Executive Officer*, der manchmal auch „Chairman of the *Board of Directors*" (in diesem Fall ist er gleichzeitig Mitglied des *Board*) oder „*President*" heißt, einer oder mehrere *Vice Presidents*, der *Secretary* und der *Chief Financial Officer*. Das *Board of Directors* bestellt die *Officers* und kann sie jederzeit wieder abberufen. Eine *Corporation* sollte mindestens einen *Chief Executive Officer* und einen *Secretary* haben. Eine Person kann mehr als ein Amt ausüben. Obwohl rechtlich nicht vorgeschrieben, ist es doch empfehlenswert, dass *President* und *Secretary* personenverschieden sind. Die Aufgaben und Befugnisse eines jeden *Officers* sind in Einzelheiten in den Bylaws festgelegt. Die typischen Aufgaben der einzelnen *Officers* können wie folgt zusammengefasst werden:

(1) Chief Executive Officer

Der *Chief Executive Officer* hat das Recht, im Namen der *Corporation* zu handeln und sie im gewöhnlichen Geschäftsverkehr zu vertreten. Darüber hinaus überwacht er oder sie die Verwaltung und den Geschäftsbetrieb der *Corporation*. Wenn die Möglichkeit besteht, ist es empfehlenswert, einen Vertreter des ausländischen Investors mit Wohnsitz in den Vereinigten Staaten zum *Chief Executive Officer* zu ernennen. Weder dem *Chief Executive Officer* noch irgendein anderer *Officer* darf Maßnahmen, die außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes liegen, allein ohne die ausdrückliche Zustimmung des *Board of Directors* durchführen. In machen Fällen muss diese Zustimmung zusätzlich vom *Secretary der Corporation*, wie unten beschrieben, bestätigt werden. Manche *Corporations* sehen auch ein *Chief Executive Officer* vor, also eine Abteilung, die sich um die täglichen Geschäfte der *Corporation* unter der Leitung des *Chief Executive Officer* kümmert.

(2) Vice President

Der *Vice President* handelt bei Abwesenheit oder auf Ersuchen des *President* und ist darüber hinaus für diejenigen Maßnahmen zuständig, die das *Board of Directors* an ihn delegiert. Gibt es mehr als einen *Vice President*, so wird einer von ihnen zum Executive *Vice President* oder Senior *Vice President* ernannt. Große *Corporations* oder Banken legen unter den *Vice Presidents* zuweilen sogar eine Hierarchie fest. Hat der *President* der US-Tochtergesellschaft seinen ständigen Wohnsitz nicht in den Vereinigten Staaten, ist es sinnvoll, einen ortsansässigen Manager zum *Vice President*

zu ernennen. Es gibt viele Situationen, in denen Geschäftspartner einer *Corporation* erwarten, mit einem *Officer* der Gesellschaft zu verhandeln. Es wird sich daher als nützlich erweisen, wenn für solche Fälle ein *Officer* schnell zur Verfügung steht.

(3) Secretary

Das Amt des *Secretary* ist unter denjenigen, die mit kodifizierten Rechtsordnungen vertraut sind, nur wenig bekannt. Der *Secretary* ist der *Officer* der *Corporation*, der dafür verantwortlich ist, die Bücher und Unterlagen der Gesellschaft, insbesondere die Protokolle der *Board*-Sitzungen und das Gesellschafterverzeichnis, zu führen. In den Vereinigten Staaten ist es üblich, dass der *Secretary* der Gesellschaft die Rechtsmacht eines *Officers* beglaubigt, wichtige Dokumente, insbesondere Bankdokumente, zu unterzeichnen. Es gibt keine einem Handelsregister vergleichbare Einrichtung, die darüber Auskunft gibt, wer für eine Gesellschaft zeichnungsberechtigt ist. Weil Außenstehende nicht die Vertretungsmacht eines *Officer* überprüfen können, verlangen sie bei wichtigen Transaktionen häufig die Mitunterzeichnung durch den *Secretary*. In dieser Funktion handelt der *Secretary* jedoch nicht als Vertreter der Gesellschaft, sondern bestätigt lediglich, dass der für die Gesellschaft auftretende *Officer* auch tatsächlich dazu befugt ist, die Gesellschaft zu vertreten, sei es gemäß den *Bylaws* der Gesellschaft oder aufgrund eines entsprechenden Beschlusses des *Board of Directors*. Schließlich trägt der *Secretary* dafür Sorge, dass keiner der *Officers* seine Kompetenzen überschreitet, wenn er die Gesellschaft vertritt. In der Praxis erfüllt diese Funktion insbesondere bei ausländischen Investoren zumeist ein Rechtsanwalt. Das *Board of Directors* kann außerdem einen *Assistant Secretary* ernennen, der bei Abwesenheit des *Secretary* handelt. Weil es keine Möglichkeit zur Überprüfung der Stellung des *Secretary* gibt, kann dieses Bestätigungsverfahren einen Zirkelschluss darstellen, so dass häufig ein Außenstehender Anwalt als *Secretary* oder als *Assistant Secretary* bestimmt wird, um der Bestätigung mehr Glaubwürdigkeit zu verleihen.

(4) Chief Financial Officer

Der *Chief Financial Officer* ist für die Überwachung der finanziellen Angelegenheiten der Gesellschaft und insbesondere für die Verwaltung ihrer Finanzmittel zuständig. In einer großen Gesellschaft wird er oder sie in dieser Funktion unter Umständen durch den *Controller* unterstützt. Der *Controller* hat eine ähnliche Funktion wie ein interner Buchprüfer. Gesetzlich vorgeschrieben und definiert ist sein Amt aber nicht. Der *Controller* ist gegenüber dem Management der Gesellschaft nicht unabhängig. Das amerikanische Unternehmensrecht schreibt nämlich im Gegensatz zu vielen

europäischen Rechtsordnungen keine unabhängige Prüfung der Unternehmensfinanzen zum Schutze der Gesellschafter vor. Es gibt bei *Corporations* auch grundsätzlich kein Amt, das mit dem Amt des bei europäischen Unternehmen bekannten Buchprüfers oder Kommissars vergleichbar ist. Dennoch verlangt die amerikanische Börsenaufsicht, die so genannte *Securities and Exchange Commission* (*SEC*), grundsätzlich, dass börsennotierte Gesellschaften eine jährliche Abschlussprüfung durch einen unabhängigen staatlich geprüften Wirtschaftsprüfer (*Certified Public Accountant*) durchführen lassen, die sich nicht in einer bloßen Überprüfung und Zusammenfassung basierend auf amerikanischen Buchführungs- und Bilanzierungsvorschriften (US-GAAP) erschöpft. Bei nicht börsennotierten Gesellschaften verlangen meist die Banken der Gesellschaft, dass eine solche Prüfung durchgeführt wird.

2. Corporate Governance

a. Haftung der Gesellschafter

Unternehmen werden meistens deshalb als *Corporation* geführt, um in den Genuss der beschränkten Haftung zu kommen. Das Kapital, das ein Gesellschafter der *Corporation* zur Verfügung stellt, ist naturgemäß dem Verlustrisiko ausgesetzt. Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten oder Verluste der *Corporation* übersteigt jedoch grundsätzlich nicht die von ihnen erbrachte Einlage, ihr Investment. Respektieren die Gesellschafter aber nicht die rechtliche Selbständigkeit der *Corporation*, besteht das Risiko, dass Gläubiger im Wege des Haftungsdurchgriffs auf die Gesellschafter persönlich zugreifen können (*piercing the corporate veil*). Einzelheiten zur Frage der begrenzten Haftung finden sich in Kapitel 7 - Haftungsfragen.

b. Haftung der Directors und Officers

Directors und *Officers* trifft eine Treue- und Sorgfaltspflicht gegenüber der *Corporation*. In diesem Rahmen müssen sie vertretbare Unternehmensentscheidungen im Interesse der Gesellschaft treffen. Sie sind der Gesellschaft außerdem zur Loyalität verpflichtet. Sie müssen daher stets zum Wohle der Gesellschaft handeln. So dürfen sie zum Beispiel Geschäftschancen nicht zu ihrem eigenen Vorteil nutzen, wenn sie davon in ihrer Funktion als *Director* oder *Officer* erfahren haben. Sie müssen außerdem jedes persönliche Interesse offen legen und sich selbst für befangen erklären, wenn sie – etwa bei einer Abstimmung des *Board of Directors* oder in ihrer Funktion als *Officer* – in einen Interessenskonflikt geraten. *Directors* und *Officers*, die diesen Pflichten genügen, haften der *Corporation* oder den Gesellschaftern grundsätzlich nicht. Außer der Gesellschaft und den Gesellschaftern sind die *Directors* und *Officers* als solche niemandem

zur Treue verpflichtet. Daher haften sie grundsätzlich weder Angestellten, Gläubigern, der Gemeinde, in der die Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb unterhält, oder sonstigen Dritten, und zwar selbst dann nicht, wenn sie unter den gleichen Bedingungen in einer ausländischen Gesellschaft haftbar wären. Dagegen ist die *Corporation* in fast allen Fällen für die Handlungen ihrer *Directors*, *Officers* und Angestellten haftbar, sofern diese im Rahmen ihrer Befugnisse gehandelt haben.

Grundsätzlich trifft weder *Directors* noch *Officers* eine persönliche Verantwortung für zivil- oder strafrechtlich relevante Handlungen der *Corporation*, an denen sie nicht beteiligt waren und die sie weder ausdrücklich noch stillschweigend gebilligt haben. Vielmehr wird die Gesellschaft selbst strafrechtlich zur Verantwortung gezogen. Für ihre eigenen kriminellen oder rechtswidrigen zivilrechtlichen Handlungen sind dagegen *Directors* und *Officers* selbstverständlich verantwortlich. *Directors* und *Officers* haften auch den Gläubigern der Gesellschaft nicht, es sei denn es *handelt* sich um persönliche Verfehlungen, wie zum Beispiel Insiderhandel oder Untreue. Solange *Directors* und *Officers* die Gläubiger nicht betrügen oder etwa ihnen gegenüber eine schlechte finanzielle Lage der Gesellschaft verschleiern, haften sie nicht schon dann, wenn die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann. Wie auch die Gesellschafter, sind die *Directors* und *Officers* vor einer Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft am besten geschützt, wenn sie die gesellschaftsrechtlichen Formalitäten einhalten, richtige und vollständige Bücher und Aufzeichnungen führen und eine interne Buchprüfung einrichten, die sie in die Lage versetzt, die Gesellschaft ordentlich zu leiten und ihr Vermögen ordentlich zu verwalten. Weitere Einzelheiten zur Frage der begrenzten Haftung finden sich in Kapitel 7 – Haftungsfragen.

3. Finanzen

Das amerikanische Gesellschaftsrecht enthält nur wenige zwingende Vorschriften über das Finanzmanagement einer *Corporation*.

a. Bestätigung des Jahresabschlusses

Es ist nicht vorgeschrieben und entspricht auch nicht der Praxis, dass die Gesellschafter die Bilanz und die jährliche Gewinn- und Verlustrechnung bestätigen. Überdies wird der Jahresabschluss nicht veröffentlicht, es sei denn die Anteile der *Corporation* werden öffentlich gehandelt. Ferner ist es weder üblich noch notwendig, dass die Gesellschafter dem *Board of Directors* Entlastung erteilen.

b. Rücklagen und Rückstellungen

Nach amerikanischem Recht müssen keine gesetzlichen Rücklagen gebildet werden. Amerikanische Buchführungs- und Bilanzvorschriften (US-GAAP) schreiben aber die Bildung bestimmter Rückstellungen in der Bilanz einer Corporation, z.B. für uneinbringliche Forderungen oder schwebende Prozesse vor.

c. Ausschüttungen

In den meisten Gliedstaaten können Ausschüttungen aus dem im vergangenen Geschäftsjahr erzielten Bilanzgewinn, aus den Gewinnrücklagen sowie aus der Kapitalrücklage vorgenommen werden. In Delaware ist es sogar auch gestattet, Ausschüttungen aus aktuell erzieltem Gewinn zu tätigen, wenn das Nennkapital der *Corporation* aufgrund von Verlusten in den vorangegangenen Jahren teilweise aufgezehrt wurde. Eine Ausschüttung aus der Kapitalrücklage oder des Bilanzgewinns bei bestehendem Verlustvortrag wird steuerlich nicht als Ausschüttung behandelt, da die Gesellschaft tatsächlich ja (noch) keinen Gewinn erzielt hat.

d. Besteuerung

Das amerikanische Bundes-Einkommensteuerrecht unterscheidet zwei Arten einer *Corporation*: Die so genannte *C-Corporation* fällt unter Abschnitt C des Einkommensteuergesetzes (*Internal Revenue Code*); die so genannte *S-Corporation* fällt unter Abschnitt S. Eine *C-Corporation* muss selbst Einkommensteuer bezahlen, so dass die Gewinne einer *C-Corporation* doppelt besteuert werden, nämlich zunächst auf Ebene der Gesellschaft und dann auf Ebene des Gesellschafters.

Eine *S-Corporation* ist nicht selbst Steuersubjekt der Einkommensteuer. Vielmehr werden ihre Gewinne direkt den Gesellschaftern zugerechnet. Diese müssen in ihrer Steuererklärung eine Aufstellung der Gewinne und Verluste machen. Um als *S-Corporation* anerkannt zu werden, muss die Gesellschaft nach amerikanischem Recht gegründet worden sein und darf nicht mehr als 75 Anteilseigner haben. Die Anteilseigner dürfen sich nur aus natürlichen Personen, Nachlassvermögen oder bestimmten *Trusts* zusammensetzen. Außerdem darf eine *S-Corporation* nur Anteile einer Gattung ausgeben. Die *S-Corporation* ist in der Regel nicht für ausländische Investoren geeignet.

II. Limited Liability Companies

Neben *Corporations* sehen die Rechtsordnungen aller Bundesstaaten auch die Bildung von *Limited Liability Companies* (*LLCs*) vor. Die *LLC* ist der deutschen GmbH in vielerlei Hinsicht ähnlich. Eine Höchst- oder Mindestzahl an Gesellschaftern gibt es nicht und die Anteile an einer *LLC* sind grundsätzlich frei übertragbar. Die Rechtsform der *LLC* ist eine Mischform und vereint die Vorzüge einer *Partnership* mit denen einer *Corporation*. Bei *LLCs* besteht auch in gleichem Maße Gestaltungsspielraum wie bei *Corporations*. Die Wahl zwischen einer *LLC* oder einer *Corporation* wird meistens, wie unten näher dargestellt, durch steuerliche Überlegungen bestimmt.

A. LLC-Modelle

Die bei *Limited Liability Companies* bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten helfen dabei, den Wünschen und Zielen eines ausländischen Investors oder eines amerikanischen Unternehmers Rechnung zu tragen. Eine *LLC* kann und wird auch meistens auf jeden einzelnen Mandanten zugeschnitten. Allerdings sind mit der individuellen Gestaltung einer *LLC* Kosten verbunden. Außerdem ist die Gründung einer *LLC* meist deutlich teurer als die einer *Corporation*. Um diesem Problem zu begegnen, hat Baker & McKenzie vier *LLC*-Modelle entworfen: ein „*Corporate*-Modell", ein „*Partnership*-Modell" und zwei Hybrid-Modelle, ein „*Managers*"- und ein „*Officers*"-Modell. Die einzelnen Modelle sind im Folgenden näher darzustellen. Zu beachten ist, dass die Wahl zwischen diesen Gesellschaftsformen nur die Strukturierung der Gesellschaft und die Form der Geschäftsführung betrifft, die steuerliche Behandlung jedoch unberührt lässt. Die Besteuerung ist von der Strukturierung der Gesellschaft vollkommen unabhängig.

1. Die *LLC* nach dem *Corporate*-Modell

Eine *LLC* nach dem *Corporate*-Modell ist ähnlich organisiert und wird ähnlich geleitet wie eine *Corporation*. Die Eigentümer einer *LLC* werden als Mitglieder (*member*) bezeichnet, die den Gesellschaftern einer *Corporation* entsprechen. An sie werden Mitgliedschaftsanteile ausgegeben, wie *Shares* bei einer *Corporation*. Eine *LLC* nach dem *Corporate*-Modell hat ein *Board of Directors*, welches von den Gesellschaftern gewählt wird. Wie bei einer *Corporation* legt ein *Board of Directors* als Kollegialorgan die Geschäftspolitik fest. Das *Board* ernennt *Officers*, die sich um das Tagesgeschäft der *LLC* kümmern, die *LLC* bei Geschäften gegenüber Dritten vertreten und sonstige vom *Board of Directors* genehmigte Maßnahmen durchführen. Die *Officers* einer *LLC* haben somit die gleiche Funktion wie die *Officers* einer *Corporation*. Die

Gewinne werden nach dem Verhältnis der mitgliedschaftlichen Beteiligung verteilt (wovon allerdings abgewichen werden kann). Es gibt normalerweise keine komplizierten Bestimmungen über die Verteilung von Gewinnen und Verlusten. Daher ist der Gesellschaftsvertrag einer *LLC* nach dem *Corporate*-Modell ein recht übersichtliches Dokument. Die Mitglieder beschließen in der Regel nur über die Bestellung der *Directors* und über grundlegende Entscheidungen, wie zum Beispiel Fusion oder Auflösung der *LLC*. Zu den wichtigsten Grundsatzentscheidungen, die die Mitglieder treffen müssen, zählen weiterhin die Zahl und die Personen der *Directors* und *Officers* sowie die Höhe und die Form der zu erbringenden Einlagen.

2. Die *LLC* nach dem *Partnership*-Modell

Im Gegensatz zu einer *LLC* nach dem *Corporate*-Modell sucht eine *LLC* nach dem *Partnership*-Modell nicht, die Eigenschaften einer *Corporation* nachzuzeichnen. Mitglieder einer LLC nach dem *Partnership*-Modell können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein. Eine *LLC* nach dem *Partnership*-Modell bietet sich insbesondere an, wenn die Mitglieder das Geschäft der *Partnership* persönlich betreiben wollen. Das *Partnership*-Modell wird unmittelbar von seinen Mitgliedern geleitet, so wie bei der einer amerikanischen *General Partnership*, aber eben ohne die unbeschränkte Haftung, die die *General Partners* trifft. Jedes Mitglied ist berechtigt, die *LLC* gegenüber Dritten zu vertreten. Auch wenn es möglich ist, die Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis auf einzelne Mitglieder zu beschränken, besteht in vielen Bundesstaaten die Gefahr, dass diese Beschränkung gegenüber Dritten, die von ihr keine Kenntnis haben, nicht wirksam ist. Daher ist es häufig sinnvoller, sich eines Hybrid-Modells mit Managern zu bedienen (siehe unter 3.), um zu erreichen, dass nur bestimmte Mitglieder geschäftsführungs- und vertretungsbefugt sind. Anders als beim *Corporate*-Modell können Gewinne und Verluste auch nach einem anderen Schlüssel als nach dem Verhältnis der Beteiligungen verteilt werden. Daher ist die Verteilung von Gewinnen und Verlusten beim *Partnership*-Modell eine sehr wichtige Frage. Wenn besondere Verteilungsschlüssel vereinbart werden, müssen umfangreiche steuerliche Regelungen in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden, damit sichergestellt ist, dass die amerikanischen Steuerbehörden die Verteilung auch anerkennen. Das kann zu sehr langen und komplizierten Gesellschaftsverträgen führen.

3. Hybrid-Modelle

Beide Hybrid-*LLC*s, das *Managers*-Modell wie auch das *Officers*-Modell, werden von ihren Mitgliedern selbst geleitet und haben daher wie die *LLC* nach dem *Partnership*-Modell kein *Board of Directors*. Bei beiden Modellen legen die Mitglieder als Gruppe die Geschäftspolitik fest, handeln aber im Tagesgeschäft nicht für die *LLC* und vertreten diese auch nicht. Stattdessen ernennen sie andere Personen, die das Tagesgeschäft wahrnehmen und die *LLC* gegenüber Dritten vertreten. In dem einen Hybrid-Modell werden diese Personen „*Manager*" genannt und können, müssen aber nicht Mitglieder der *Partnership* sein. In dem anderen Hybrid-Modell werden diese Personen in Anlehnung an das *Corporate*-Modell zu *Officers* ernannt, jedoch ohne dass ein *Board of Directors* zwischen *Officers* und den Mitgliedern geschaltet ist. *Manager* haben, wie unten noch näher ausgeführt, regelmäßig umfangreichere Kompetenzen als *Officers*.

Wir empfehlen grundsätzlich die Einsetzung von *Managers* oder *Officers*. Die Vertretung der LLC gegenüber Dritten durch ihre Mitglieder stellt sich in der Praxis häufig als umständlich heraus. Dritten ist es oftmals lieber, mit *Managers* oder *Officers* zu verhandeln. Ferner sind die Mitglieder meist nicht an einer Verantwortung für das Tagesgeschäft interessiert. Besondere Gewinn- und Verlustzuweisungen können bei den Hybrid-Modellen ähnlich wie bei dem *Partnership*-Modell vereinbart werden.

4. Ein-Personen-*LLC*s

Jedes der vorgenannten Modelle kann als Ein-Personen-*LLC* betrieben werden. Welches Modell am besten für eine Ein-Personen-*LLC* geeignet ist, hängt meistens davon ab, ob das einzige Mitglied eine natürliche oder eine juristische Person ist. Ferner spielt es eine Rolle, ob das Mitglied US-amerikanischer Staatsbürger (oder eine US-amerikanische juristische Person) ist, oder ob es sich um einen Ausländer beziehungsweise eine ausländische Gesellschaft handelt. Ist das einzige Mitglied der *LLC* eine natürliche Person, dann besteht keine Notwendigkeit, ein *Board of Directors* einzurichten. Vielmehr kann dann die *LLC* von ihrem einzigen Mitglied auch geleitet werden. Dennoch empfehlen wir den Einsatz eines *Managers* oder eines *Officer* (selbst dann, wenn das einzige Mitglied der Manager oder *President* der Gesellschaft wird), weil ansonsten nur der Ein-Mann-Gesellschafter die Gesellschaft vertreten kann. Tritt der Ein-Mann-Gesellschafter nicht als Manager oder *President* der Gesellschaft auf, kann nur schwer vermieden werden, dass die Gesellschaft als *Alter*

Ego des Mitglieds angesehen wird. Es besteht mithin die Gefahr, dass es nach den Grundsätzen der Durchgriffshaftung zu einer persönlichen Haftung des Ein-Mann-Gesellschafters kommt. Einzelheiten zur Frage der begrenzten Haftung finden sich in Kapitel 7 – Haftungsfragen. Ist eine *Corporation* das einzige Mitglied, so kann es vorzugswürdig sein, die vertraute Form der *LLC* nach dem *Corporate*-Modell zu wählen. Ein ausländischer Investor wird es unter Umständen bevorzugen, die *LLC* von einem oder mehreren Managern leiten zu lassen, denen eine ähnliche Funktion zukommt, wie den Geschäftsführern in bestimmten europäischen Gesellschaftsformen. In diesem Fall würden der oder die Manager weniger im Rahmen von Sitzungen tätig werden, sondern vielmehr einzeln die *LLC* bei Geschäften mit Dritten vertreten.

B. Gründung einer LLC

1. Gründungsort

Da es kein bundeseinheitliches *LLC*-Gesetz gibt, sind die Regelungen über Gründung und Betrieb von *LLCs*, wie auch bei *Corporations*, im weiten Umfang den einzelnen Bundesstaaten überlassen. Eine *LLC* kann unter dem Recht des einen Bundesstaates errichtet werden, ihren Sitz aber in einem anderen Bundesstaat haben. Voraussetzung für die Anerkennung der LLC ist, dass sie in jedem Staat, in dem sie geschäftlich tätig wird, dazu nach den dortigen Zulassungsvorschriften berechtigt ist. Dies ermöglicht es Investoren, das für sie am besten passende Regelungsmodell der jeweiligen Bundesstaaten auszuwählen. Meist kommt der Wahl der Rechtsordnung nur wenig Bedeutung zu. Das Recht des Staates Delaware ist allerdings besser für Gesellschaften mit vielen Investoren geeignet. Auf der anderen Seite muss die in Delaware registrierte Gesellschaft, die in einem anderen Bundesstaat ausschließlich tätig wird, jedes Jahr doppelt Franchise-Gebühren bezahlen. Dieser Umstand kann als Grund ausreichen, die Gesellschaft unter dem Gesetz des Bundesstaates zu errichten, in dem sie von vornherein geschäftlich tätig werden will. Das Gesellschaftsrecht des Bundesstaates Illinois und anderer Bundesstaaten ist nahezu ebenso geeignet und flexibel wie das des Bundesstaates Delaware, sieht man einmal von bestimmten Nachteilen ab, die sich für eine *LLC* nach dem *Corporate*-Modell ergeben, insbesondere dann, wenn sie mehrere Mitglieder haben soll. Wiederum beziehen sich aufgrund der Beliebtheit des Delaware Rechts auch in diesem Kapitel grundsätzlich alle Verweise auf das Recht dieses Bundesstaates, es sei denn etwas anderes ist ausdrücklich angegeben.

2. Gründungsurkunde

Eine *Limited Liability Company* wird gegründet, indem man ihre Gründungsurkunde (*Certificate of Formation*), in manchen Bundesstaaten auch ihren Gründungsvertrag (*Articles of Organization*), beim *Secretary of State* des Gründungstaates registrieren lässt. Das *Certificate of Formation* kann von jeder Person unterzeichnet werden, die zur Vertretung der künftigen Mitglieder der *LLC* berechtigt ist. Häufig handelt es sich dabei um einen Rechtsanwalt. Ein ausländischer Investor muss also keine Dokumente persönlich unterzeichnen.

3. Firmenbezeichnung

Die Firmenbezeichnung der *Limited Liability Company* muss am Ende entweder die Worte „Limited Liability Company" enthalten oder - in vielen Bundesstaaten – die Abkürzung „LLC". Die Firma darf der Firmenbezeichnung einer bereits bestehenden *LLC* (in manchen Bundesstaaten auch der Firmenbezeichnung einer bereits bestehenden *Corporation*) nicht so ähnlich sein, dass es zu Verwechslungen kommen kann.

4. Gesellschaftszweck

Der Gesellschaftszweck kann sehr allgemein gefasst werden. Oft wird nur ausgeführt, dass „jede rechtmäßige Handlung" („any activity permitted by law") vorgenommen werden darf, ohne dass das Geschäft, das die Gesellschaft eigentlich verfolgt, zu benennen. In einigen anderen Staaten kann der Gesellschaftszweck zwar auch sehr weit formuliert werden, muss aber einen deutlichen Hinweis auf das von der Gesellschaft tatsächlich betriebene Geschäft enthalten. Der Gesellschaftszweck kann später ohne weiteres durch eine Änderung des *Certificate of Formation* erweitert werden.

5. Gründungsverfahren

Die wesentlichen Schritte der Gründung einer *Limited Liability Company* in Delaware werden im Folgenden aufgezeigt:

- Das *Certificate of Formation* wird unterzeichnet und beim *Secretary of State* in Delaware eingereicht.
- Die Mitglieder schließen einen Gesellschaftsvertrag, ein so genanntes *Limited Liability Company Agreement*, ab (in manchen Staaten auch *Organization Agreement*

genannt), das alle wichtigen Regelungen über die *LLC* enthält. Das *LLC Agreement* ist ein privates Dokument zwischen den Mitgliedern, entspricht aber annähernd der Satzung einer deutschen Gesellschaft. Ein typisches *LLC Agreement* enthält Regelungen über die Gründung der Gesellschaft, ihr Geschäftsfeld, die Mitglieder und ihre Kapitalbeteiligung, das Management der Gesellschaft, die Art und Weise, wie die Mitglieder handeln, die Gewinnverteilung, die Auflösung der Gesellschaft und ihre Kündigung. Hat die *LLC* nur ein einziges Mitglied, ist das *LLC Agreement* recht einfach. Hat die *LLC* jedoch zwei oder mehrere Mitglieder, ist es mit einem Joint Venture vergleichbar. Das *LLC Agreement* beinhaltet weitere Vorschriften, die für einen Joint Venture-Vertrag oder für einen Gesellschafter-Vertrag typisch sind, wie zum Beispiel Beschränkungen der Übertragung von Anteilen oder Verfahrensweisen zur Aufhebung von Stimmenpatts. Die Mitglieder zeichnen die Anteile der *LLC*, die „Membership Units" oder „Membership Interest" genannt und auf Wunsch der Mitglieder auch in Urkunden verbrieft werden.

- Sind *Managers* oder *Directors* vorgesehen, werden diese von den Mitgliedern ernannt.

- Die Mitglieder und, sofern vorgesehen, die *Managers* oder *Directors* fassen auf einer Gründungssitzung oder im schriftlichen Umlaufverfahren üblicherweise über folgende Gegenstände Beschluss:

  (i) Genehmigung der Handlungen der Person, die das *Certificate of Formation* unterzeichnet hat.

  (ii) Ernennung etwaiger *Officers* der *LLC*.

  (iii) Ernennung eines Vertreters, der entweder im Gründungsstaat registriert oder ortsansässig ist.

  (iv) Bevollmächtigung der *Officers* oder, wenn keine *Officers* vorgesehen sind, einer anderen geeigneten Person, die Zulassung der LLC zum Geschäftsbetrieb in jedem Bundesstaat zu beantragen, in welchem eine Zulassung wegen der dort geplanten Geschäfte der LLC erforderlich ist.

  (v) Festlegung der Art und Weise der Buchführung und des Geschäftsjahres, wenn dies noch nicht im *LLC Agreement* geschehen ist.

  (vi) Ermächtigung, ein Bankkonto zu eröffnen.

(vii) Ernennung eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers, sofern erforderlich. Wirtschaftsprüfer sind nach US-amerikanischem Recht für eine *LLC* nicht zwingend vorgeschrieben. Allerdings werden die Banken der *LLC* und andere wichtige Gläubiger im Allgemeinen die Vorlage eines Jahresabschlusses verlangen, der von einem unabhängigen Wirtschaftsprüfer vorbereitet, überprüft und bestätigt wurde.

(viii) Genehmigung des *LLC Agreement*; diese Bestätigung ist jedoch nicht zwingend vorgeschrieben.

C. Mitgliedschaften und Kapital

1. Mitgliedschaften und Einlagen

Die Mitgliedschaftsanteile werden bei einer *LLC Membership Interests* oder *Membership Units* genannt und können entweder in Urkunden verbrieft oder aber lediglich im *LLC Agreement* oder in einem von der Gesellschaft zu führenden Mitgliederverzeichnis aufgeführt sein. Urkunden über Mitgliedschaften dürfen keine Inhaberpapiere sein. Mitgliedschaften werden gegen Bareinlage, gegen Einlage von beweglichen oder unbeweglichen Sachen, gegen die Verpflichtung eine Bar- oder Sacheinlage zu erbringen, gegen eine bereits erbrachte und in manchen Bundesstaaten sogar gegen eine erst noch zu erbringende Dienstleistung ausgegeben. Ein Gutachten oder eine gerichtliche Bestätigung ist weder für die Bewertung einer Einlage noch für die Ausgabe von Mitgliedschaftsanteilen erforderlich. Es genügt, wenn die Mitglieder selbst und in gutem Glauben eine Bewertung vornehmen. Die Mitgliedschaftsverhältnisse müssen nicht die Wertverhältnisse der erbrachten Einlagen widerspiegeln.

2. Stimmrecht und andere Mitgliedschaftsrechte

Ein Mitglied muss nicht unbedingt ein Stimmrecht haben oder auf sonstige Weise berechtigt sein, auf die Geschäftsführung der *LLC* Einfluss zu nehmen. Allerdings kann das Recht eines Mitglieds, über bestimmte finanzielle und andere Vorgänge innerhalb der Gesellschaft Auskunft zu verlangen, in den meisten Bundesstaaten nicht eingeschränkt oder abgedungen werden. Den Mitgliedern können unterschiedlich große und nicht proportional zu ihrer jeweiligen Einlage stehende Gewinn- bzw. Verlustbeteiligungen sowie Ausschüttungs- und Kapitalbeteiligungsrechte zugewiesen werden (siehe aber auch die Ausführungen unten, zum Stichwort „Besteuerung", zur steuerlichen Zuordnung von Gewinnen und Verlusten). Den bei einer *LLC* in

diesem Zusammenhang bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten sind nur durch den Parteiwillen und die Phantasie der beteiligten Berater Grenzen gesetzt. Allerdings müssen bestimmte steuerrechtliche Voraussetzungen erfüllt werden, damit eine Gewinn- und Verlustzuweisung auch steuerlich anerkannt wird.

3. Bedeutung des Kapitals

Wie bereits oben bei der *Corporation* erläutert, ist das Recht der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung im amerikanischen Gesellschaftsrecht flexibler. Das Kapitalschutzkonzept spielt eine viel geringere Rolle als in anderen Rechtsordnungen. Das Gewicht liegt in den USA mehr auf den Wachstumschancen eines Unternehmens als auf dem Erhalt dessen Grund- bzw. Stammkapitals. Bei *LLCs* ist das Eigenkapital nur eine bilanzielle, keine rechtliche Größe. Als solche spielt es bei Gründung und beim Betrieb der Gesellschaft eine nur untergeordnete Rolle.

D. Organisation und Führung der Limited Liability Companies

1. Organisation der LLC

Eine *Limited Liability Company* muss mindestens einen Gesellschafter haben. Die Managementstruktur kann aber, wie bereits oben angedeutet, in jeder erdenklichen Form nach den Wünschen der Mitglieder ausgestaltet werden. Die Mitglieder können selbst die Geschäfte führen (wie zum Beispiel im *Partnership*-Modell) oder aber *Officers* oder *Managers* ernennen, die das Tagesgeschäft der *LLC* wahrnehmen. Hat eine *LLC* mehrere Mitglieder, die an der Gesellschaft in unterschiedlichem Umfang beteiligt sind, ist es sinnvoll, ergänzend zur Geschäftsführung durch die Mitglieder *Officers* für das Tagegeschäft zu benennen. Klare Mehrheitsverhältnisse bestehen ohnehin. Eine *LLC* nach dem *Corporate*-Modell kann recht schwerfällig sein, wenn die Beteiligungsverhältnisse durch entsprechende Entsendungsrechte auch im *Board of Directors* abgebildet werden. Sind die Mitglieder nicht daran interessiert, die Gesellschaft direkt zu führen, sollten sie einen oder mehrere *Manager* ernennen, die sich um die gewöhnlichen Geschäfte der Gesellschaft kümmern. Diese Struktur ist vor allem ausländischen Investoren bekannt. Manchmal entscheiden sich die Mitglieder auch für eine Managementstruktur wie bei *Corporations*, also mit einem *Board of Directors* und mit *Officers*. Diese Struktur hat den Vorteil, dass sie den Geschäftspartnern in den USA, die sonst eher mit *Corporations* als mit *Limited Liability Companies* zu tun haben, vertrauter ist. Jede dieser Managementstrukturen wird im Folgenden detailliert beschrieben.

a. Mitglieder

(1) Allgemeines

Die Mitglieder haben die höchste Entscheidungsgewalt in der Gesellschaft. Ganz gleich wie die Geschäftsführung der Gesellschaft strukturiert ist, müssen sie daher allen wesentlichen Maßnahmen wie zum Beispiel der Fusion der *Limited Liability Company* mit einer anderen Gesellschaft, dem Verkauf von allen oder allen wesentlichen Vermögensgegenständen der Gesellschaft oder der Auflösung der Gesellschaft zustimmen. Die zur Zustimmung zu solchen Maßnahmen erforderliche Mehrheit ist üblicherweise im *LLC Agreement* festgelegt. Fehlt eine entsprechende Regelung, so bedarf die Zustimmung in den meisten Bundesstaaten der einfachen Mehrheit.

Die Mitglieder können auf unterschiedliche Weise handeln. Beim *Corporate*- und bei den Hybrid-Modellen sieht das *LLC Agreement* meist vor, dass die Mitglieder ihre Entscheidungen in Versammlungen treffen, zu der entweder die Mitglieder persönlich erscheinen, sich durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen oder aber über Telefonkonferenz zugeschaltet werden, so dass sie jedes andere Mitglied hören und von jedem anderen Mitglied gehört werden können. Statt in einer Versammlung können die Mitglieder Beschlüsse auch im schriftlichen Umlaufverfahren fassen. Ein schriftlicher Beschluss muss von der Mehrheit der Mitglieder unterzeichnet werden, es sei denn, das Recht des betreffenden Gliedstaates oder das *LLC Agreement* schreibt eine größere Mehrheit vor. Dies stellt eine beträchtliche Erleichterung dar, insbesondere dann, wenn die Gesellschaft zu 100% von einem US- oder einem ausländischen Investor gehalten wird, weil es dann keiner Mitgliederversammlung des einzigen Mitglieds bedarf. Beim *Partnership*-Modell sind die Mitglieder alle aktiv an der Geschäftsführung der Gesellschaft beteiligt und haben das Recht, individuell und ohne eine Versammlung Entscheidungen für die LLC zu treffen. Doch auch in diesem Modell kann vorgesehen werden, dass bei besonders wichtigen Angelegenheiten ein Beschluss aller Mitglieder herbeigeführt werden muss.

(2) Ausscheiden (Dissociation) eines Gesellschafters

Der Begriff *Dissociation* wird in den USA im Zusammenhang mit *LLCs* und *Partnerships* verwendet. Er bezieht sich grundsätzlich auf alle Fälle, in denen ein Gesellschafter seinen Status als Gesellschafter verliert. Dafür gibt es die unterschiedlichsten Gründe:

(a) Anteilsübertragung

Wenn ein Mitglied seinen Mitgliedschaftsanteil überträgt, verliert er seine Stellung als Gesellschafter. Auch wenn dies in vielen LLC-Gesetzen als *Dissociation* behandelt wird, ist dies nicht der typische Fall, weil es ein nachfolgendes Mitglied gibt. Daher werden sich viele der im Weiteren behandelten Fragen bei der Anteilsübertragung nicht stellen.

(b) Freiwilliges Ausscheiden

Da *LLC*-Gesetze der Bundesstaaten häufig aus den *Partnership*-Gesetzen entwickelt wurden, berechtigten sie üblicherweise die Mitglieder aufgrund eines eigenständigen Entschlusses aus der Gesellschaft auszuscheiden. Andererseits kann ein LLC-Gesetz auch bestimmen, dass ein freiwilliges Ausscheiden rechtswidrig ist oder eine Verletzung des *LLC Agreements* begründet. Diese Rechtslage ist in vielen Bundesstaaten heute vorherrschend. In Delaware ist ein Mitglied nur dann berechtigt, aus der Gesellschaft freiwillig auszuscheiden, wenn dies im *LLC Agreement* ausdrücklich vorgesehen ist. Wenn es nicht besondere Gründe dafür gibt, empfehlen wir grundsätzlich, von der Vereinbarung eines solchen Rechts abzusehen, damit der Fortbestand und die Stabilität der Gesellschaft gesichert sind.

(c) Tod oder Auflösung

Die Mitgliedschaft erlischt mit dem Tod des Gesellschafters oder – wenn der Gesellschafter eine juristische Person ist - durch Auflösung. Bei einer Corporation hat keine der beiden Fälle Auswirkungen auf das Fortbestehen der Gesellschaft. Soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, werden die Erben bzw. der Rechtsnachfolger der aufgelösten Gesellschaft Inhaber der Aktien. In vielen *LLC*-Gesetzen hingegen hat der Tod oder die Auflösung eines Mitglieds grundsätzlich die Auflösung der *LLC* zur Folge. Allerdings können die verbleibenden Mitglieder beschließen, die Gesellschaft fortzusetzen und so eine Liquidation vermeiden.
In Delaware und einigen anderen Bundesstaaten führt der Tod oder die Auflösung eines Mitglieds nicht automatisch zur Auflösung der *LLC*. Es kann aber – auch bei einer *Corporation* – unpraktisch sein, die Gesellschaft mit den Erben oder sonstigen Rechtsnachfolgern als Mitglieder fortzuführen. Dies trifft insbesondere auf Gesellschaften zu, bei denen der persönliche Beitrag eines jeden Mitglieds wichtig ist und es deswegen unangebracht wäre, die Gesellschaft mit einem passiven Investor als Mitglied fortzuführen. In diesem Fall besteht die wohl einzig praktikable Alternative zu Auflösung oder Liquidation der *LLC* darin, die Mitgliedschaft des ausgeschiedenen Mitglieds abzufinden.

(d) Insolvenz

Es ist üblich zu vereinbaren, dass ein Mitglied, das insolvent wird, automatisch ausscheidet. Dennoch muss eine solche Vorschrift das Insolvenzgericht nicht unbedingt binden. Der Insolvenzverwalter hat unter Umständen das Recht, diese Regelung anzufechten, wenn er der Meinung ist, dass die für das Ausscheiden gewährte Abfindung die Insolvenzgläubiger benachteiligt.

(e) Abfindung und Bewertung

Eine entscheidende Frage in Bezug auf die Abfindung von Mitgliedern ist, ob die *LLC* über ausreichend Liquidität verfügen wird, den Geschäftsanteil des ausscheidenden Gesellschafters bezahlen zu können. Zwar sehen die meisten *LLC*-Gesetze vor, dass die Abfindung über einen längeren Zeitraum in Raten gezahlt werden kann. Aber schon das bloße Bestehen der Verbindlichkeit kann für die Gesellschaft eine bedeutsame Belastung darstellen. Die Liquidität kann durch sorgfältige Vorkehrungen verbessert werden, etwa durch den Abschluss von Lebensversicherungen in Bezug auf jedes einzelne Mitglied zugunsten der *LLC*. Ist genügend Liquidität vorhanden, so besteht immer noch das Problem der Bewertung des Gesellschaftsanteils des ausscheidenden Mitglieds. Man kann natürlich den Buchwert bzw. bei einer *LLC*, das Kapitalkonto des Mitglieds zu Grunde legen, aber bei einer bestehenden Gesellschaft mit laufendem Geschäft (*going concern*) führt dies zumeist nicht zu einer fairen Bewertung der Mitgliedschaft. Es gibt zahlreiche andere Bewertungsmethoden:

- Jährliche Bewertung des Unternehmens oder zumindest seiner wesentlichen Vermögenswerte. Das Hauptproblem dieser Methode ist, dass die Mitglieder es unter Umständen versäumt haben, eine solche Bewertung auch wirklich jährlich vorzunehmen, was zur Folge hat, dass die Bewertung erheblich veraltet ist.

- Bewertungsformel: Eine Gesellschaft wird häufig auf Grundlage ihrer zu erwartenden zukünftigen Erträge bewertet. Wenn die Mitglieder darauf vertrauen, dass die Zahlen der Vergangenheit ausreichend Auskunft über die Zukunft der Gesellschaft geben, kann man den Wert der Gesellschaft und damit auch der Mitgliedschaften als ein Vielfaches der Erträge der letzten Jahre ausdrücken (oft legt man dabei die letzten drei Jahre zugrunde).

- Bewertung durch einen Dritten. Es ist ferner möglich, die Gesellschaft von jemandem bewerten zu lassen, der sich in der Branche besonders gut auskennt (und zumindest seiner Funktion bzw. seinem Titel nach im *LLC*

Agreement bestimmt sein sollte), oder eine professionelle Institution, z.B. eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft oder eine Investmentbank, mit einer solchen Bewertung zu beauftragen.

b. Directors, Officers und Managers

Eine *Limited Liability Company* kann, muss aber nicht, durch *Directors*, *Officers* oder *Managers* handeln. *Directors*, *Officers* und *Managers* sind normalerweise natürliche Personen. Grundsätzlich ist es nicht erforderlich, dass diese Personen US-Bürger sind oder ihren Wohnsitz ein einem bestimmten Bundesstaat haben. Für ausländische Staatsbürger bestehen Fuer auslaendische Staatsbuerger bestehen Visumpflichten. *Directors*, *Officers* oder *Managers* müssen nicht Mitglied der Gesellschaft sein.

(1) Board of Directors

Eine *LLC* nach dem *Corporate*-Modell hat ein *Board of Directors*, dessen Mitglieder von den Gesellschaftern der Gesellschaft bestellt werden und das meist auf die gleiche Art wie das *Board of Directors* einer *Corporation* arbeitet. Die *Directors* treffen also ihre Entscheidungen als Gruppe und legen zusammen die Strategie des Unternehmens fest. Dies geschieht meist in Sitzungen oder per Telefonkonferenz. Möglich ist aber auch eine Beschlussfassung im Umlaufverfahren mit der im *LLC* Agreement festgelegten Mehrheit. Im Gegensatz zu den *Directors* einer *Corporation* müssen die *Directors* einer LLC nicht notwendigerweise persönlich an Sitzungen teilnehmen. Ein *LLC Agreement* kann daher vorsehen, dass sich *Directors* vertreten lassen dürfen, ein Vorstandsamt im Wechsel mit anderen Personen ausgeübt oder für jedes Vorstandsamt ein Vertreter bestellt wird. Letzteres ist allerdings in den Vereinigten Staaten unüblich.

(2) Officers

Limited Liability Companies, die nach dem *Corporate*-Modell oder nach einem *Hybrid*-Modell errichtet werden, können zur Erledigung des Tagesgeschäfts *Officers* einsetzen. Wie bereits oben erwähnt, kann dies von Vorteil sein, wenn die Geschäftspartner es gewohnt sind, mit dem „President" einer Gesellschaft zu verhandeln. Die *Officers* werden, abhängig vom jeweiligen Modell, von den Mitgliedern oder vom *Board of Directors* bestellt und können grundsätzlich jederzeit wieder abberufen werden. Zu den *Officers* gehören in der Regel der *President* und der *Secretary*, manchmal auch ein oder mehrere *Vice Presidents* sowie ein Schatzmeister (*Treasurer*). Der *President* handelt üblicherweise als *Chief Executive Officer* der *LLC*, auch wenn man sich dafür entscheiden kann, diesen Posten vom Vorsitzenden des *Board of Directors* wahrnehmen zu lassen.

Als Hauptgeschäftsführer hat der *President* die allgemeine Befugnis, die *LLC* im Rahmen des üblichen Geschäftsbetriebs zu vertreten. Allerdings bedürfen alle wichtigen gesellschaftsbezogenen Entscheidungen, einschließlich der meisten Grundstücksgeschäfte und der meisten Geschäfte mit Banken, der Zustimmung des *Board of Directors*, wenn im *LLC Agreement* nichts Abweichendes festgelegt ist.

(3) Managers

Entscheiden sich die Mitglieder für ein Hybrid-Modell mit *Managers*, die die Geschäfte führen sollen, so werden diesen *Managers* meist weiterreichende Vertretungsbefugnisse eingeräumt als üblicherweise *Officers* zustehen. Nach dem Recht der meisten Bundesstaaten können die Manager die Gesellschaft umfassend vertreten, soweit nicht das *LLC Agreement* bestimmte Geschäfte den Mitgliedern zuweist. Darüber hinaus dürfen Dritte nach dem Recht vieler Bundesstaaten auf die umfassende Vertretungsmacht der *Managers* vertrauen, es sei denn sie haben positive Kenntnis von etwaigen Beschränkungen der Befugnisse der *Managers* im *LLC Agreement*. Daher ist es praktisch deutlich schwieriger, die Vertretungsmacht eines *Managers* effektiv zu beschränken als die eines *Presidents*. Die *Managers* können die Gesellschaft beim Tagesgeschäft entweder selbst vertreten oder aber andere Angestellte der Gesellschaft dazu bevollmächtigen.

2. Führung der LLC

a. Haftung der Mitglieder

Unternehmen werden meistens deshalb als *Limited Liability Company* geführt, um in den Genuss der beschränkten Haftung zu kommen. Das Kapital, das ein Mitglied der *LLC* zur Verfügung stellt, ist naturgemäß einem Verlustrisiko ausgesetzt. Die Haftung der Mitglieder für Verbindlichkeiten oder Verluste der *LLC* übersteigt jedoch grundsätzlich nicht den von ihnen investierten Betrag. So wie bei einer *Corporation* besteht jedoch das Risiko, dass Gläubiger unter bestimmten Voraussetzungen im Wege des Haftungsdurchgriffs auf die Mitglieder persönlich zugreifen können (*piercing the corporate veil*). Die *Limited Liability Company* ist eine vergleichsweise junge Rechtsform. Es liegt nahe, einen Haftungsdurchgriff auf ihre Mitglieder unter den gleichen Voraussetzungen anzunehmen, die für einen Haftungsdurchgriff auf die Gesellschafter einer *Corporation* gelten. Die Mitglieder sollten daher die rechtliche Selbständigkeit der *LLC* respektieren, damit die Gefahr einer persönlichen Haftung minimiert wird. Einzelheiten zur Frage des Haftungsdurchgriffs finden sich in Kapitel 7 – Haftungsfragen.

b. Verantwortlichkeit der Directors und Officers

Die Treuepflichten, die *Managers* und geschäftsführende Mitglieder einer *LLC* treffen können, sind ein komplexes Thema, dessen Einzelheiten den Umfang dieses Handbuches sprengen würden. Grundsätzlich sind *Managers* und geschäftsführende Mitglieder der *LLC* und ihren Mitgliedern gegenüber zur Sorgfalt und Loyalität verpflichtet. Streitig ist jedoch, inwieweit die Mitglieder einer *LLC* diese Pflichten vertraglich modifizieren dürfen. Während wohl geklärt ist, dass die Beteiligten die Pflichten einschränken und den *Managers* (oder den geschäftsführenden Mitgliedern) bestimmte Verhaltensweisen gestatten können, ist noch nicht entschieden, ob auf das Bestehen solcher Pflichten ganz verzichtet werden kann. Es sollte daher davon ausgegangen werden, dass die *Managers* und die geschäftsführenden Mitglieder jedenfalls in wesentlichen Angelegenheiten vertraglich unabdingbar gegenüber der *LLC* und ihren Mitgliedern zur Sorgfalt und zum Handeln im Interesse der *LLC* verpflichtet sind.

E. Finanzen

Das amerikanische Gesellschaftsrecht enthält nur wenige zwingende Vorschriften über das Finanzmanagement einer *Limited Liability Company*.

1. Bestätigung des Jahresabschlusses und Entlastung der Geschäftsführung

Es ist nicht vorgeschrieben und auch nicht üblich, dass die Mitglieder die Bilanz oder die jährliche Gewinn- und Verlustrechnung bestätigen. Überdies wird der Jahresabschluss auch nicht veröffentlicht, es sei denn, es handelt sich um eine Gesellschaft, deren Anteile öffentlich gehandelt werden (was meist nur auf *Corporations*, nicht dagegen auf *LLCs* zutrifft). Ferner ist es auch nicht üblich, dass die Mitglieder den *Managers* oder den *Officers* Entlastung erteilen und diese von Schadensersatzverpflichtungen gegenüber der Gesellschaft befreien.

2. Rücklagen und Rückstellungen

Nach amerikanischem Recht müssen keine gesetzlichen Rücklagen gebildet werden. Amerikanische Buchführungs- und Bilanzvorschriften (*US-GAAP*) schreiben aber die Bildung bestimmter Rückstellungen in der Bilanz vor, z.B. für uneinbringliche Forderungen.

3. Ausschüttungen

Das Recht der *LLC* kennt nur wenige zwingende Vorschriften, die das Finanzmanagement der Gesellschaft betreffen. Ausschüttungen dürfen jedoch nur dann vorgenommen werden, wenn sie nicht die finanzielle Stabilität der Gesellschaft gefährden.

4. Gewinn- und Verlustzuweisung

In einer *Limited Liability Company* können Gewinne und Verluste den Gesellschaftern ohne Rücksicht auf deren jeweilige Beteiligungsverhältnisse oder ihr Stimmrecht zugewiesen werden. Allerdings wird eine Gewinn- und/oder Verlustzuweisung, die nicht im Verhältnis zur jeweiligen Beteiligungshöhe erfolgt, steuerrechtlich nur dann anerkannt, wenn sie die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse zwischen den Mitgliedern wiedergibt. Dieses Erfordernis wirft in der Praxis nur selten Probleme auf, kann aber dazu führen, dass in das *LLC Agreement* ausführliche Steuerklauseln aufgenommen werden müssen.

5. Besteuerung

Es gibt *für Limited Liability Companies* keine speziellen steuerlichen Vorschriften. Eine *Limited Liability Company* wird – nach eigener Wahl – entweder wie eine *Corporation* oder wie eine *Partnership* besteuert. Wird sie wie eine *Corporation* besteuert, so muss die Gesellschaft selbst Steuern (zu den für Unternehmen geltenden Steuersätzen) auf ihr Einkommen bezahlen. Wird sie wie eine *Partnership* besteuert, so ist die Gesellschaft selbst nicht Steuersubjekt für die US-Einkommenssteuer. Steuersubjekte sind vielmehr ihre Mitglieder. Die Entscheidung über die eine oder andere steuerliche Behandlung wird ausschließlich durch das Ankreuzen des entsprechenden Kästchens in der Steuererklärung der *LLC* gefällt. Sie ist nicht vom gewählten Modell abhängig. Demzufolge kann eine *LLC* nach dem *Corporate*-Modell wie eine *Partnership* und eine *LLC* nach dem *Partnership*-Modell wie eine *Corporation* besteuert werden.

Aus dem Blickwinkel eines ausländischen Investors, kann die Strukturierung einer *LLC* als Partnership dazu führen, dass er als Mitglied so besteuert wird, als ob er in den Vereinigten Staaten eine Zweigniederlassung – bei gleichzeitig beschränkter Haftung – betreiben würde. Dann muss der ausländische Investor in der Regel die nach amerikanischem Recht auf die Gewinne von Zweigniederlassungen erhobene Steuer entrichten, was für ihn zu einer höheren steuerlichen Belastung und zu Einschränkungen bei der Wahl des Ausschüttungszeitpunkts führen kann. Eine

ausführliche Erörterung der Frage, ob die steuerliche Qualifizierung als Niederlassung vorteilhaft ist, liegt jenseits des für dieses Handbuch gesteckten Rahmens. Diese Frage sollte vielmehr im Einzelfall und dem Investor gegenüber unter Berücksichtigung seines Herkunftslandes, der Art seines geplanten Investments und der konkret in den USA geplanten Geschäftstätigkeit beantwortet werden. Einige der wesentlichen Gesichtspunkte, die hierbei eine Rolle spielen, werden jedoch in Kapitel 8 – Steuern – erläutert.

III. Limited Partnerships und Limited Liability Partnerships

Eine *Partnership* ist ein Zusammenschluss von zwei oder mehr Personen, um gemeinsam ein Geschäft mit Gewinnerzielungsabsicht zu betreiben. Eine Partnership ist üblicherweise steuerlich transparent, das heißt sie ist selbst nicht Besteuerungssubjekt. Stattdessen werden ihre Einkünfte auf der Ebene der Partner besteuert. Eine *Partnership* kann jedoch auch dazu optieren, wie eine *Corporation* besteuert zu werden.

Partnerships sind entweder *General Partnerships* oder *Limited Partnerships*. Alle Gesellschafter einer *General Partnership*, die *General Partner*, haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft in vollem Umfang persönlich. Da aber meist gerade die Haftungsbeschränkung im Vordergrund steht, soll auf die *General Partnership* im Rahmen dieses Handbuches nicht weiter eingegangen werden.

Limited Partnerships haben zwei Arten von Gesellschaftern: die *General Partners*, die persönlich und unbeschränkt haften, und die *Limited Partners*, deren Haftung auf die Höhe ihrer Einlage begrenzt ist. *Limited Partnerships* sind ihrer Struktur nach nahezu identisch mit der deutschen Kommanditgesellschaft. Die *General Partners* einer *Limited Partnership* haben die gleichen Rechte und Pflichten – Haftungsverantwortlichkeit sowie Geschäfts- und Vertretungsbefugnisse eingeschlossen – wie die Partner eine *General Partnership*. Somit finden auf sie die normalen Grundsätze des *Partnership*-Rechts Anwendung: Die *General Partner* führen die Geschäfte der *Partnership*, sie sind am Gewinn und Verlust der Partnership beteiligt und haften persönlich und unbeschränkt. Im Gegensatz dazu ist die Haftung der *Limited Partner* auf ihre Einlage beschränkt. Diese Haftungsbeschränkung hat jedoch ihren Preis: Den *Limited Partners* ist es grundsätzlich nicht gestattet, die Geschäfte der *Partnership* zu führen. *Limited Partnerships* bieten also die Möglichkeit, sich an einer Gesellschaft und ihren Gewinnen zu beteiligen, ohne gleichzeitig für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften zu müssen.

Üblicherweise haben *Limited Partnerships* eine *Corporation* als *General Partner* – wie die deutsche GmbH & Co. KG. Auch wenn sich die *Limited Partners* normalerweise nicht direkt an der Geschäftsführung der *Limited Partnership* beteiligen können, ohne ihre Haftungsbeschränkung zu gefährden, können sie in diesem Fall durch den *Corporate General Partner* indirekt auf die Geschäftsführung Einfluss nehmen. Die Rechtsordnungen von Delaware und einigen anderen Gliedstaaten legen sogar ausdrücklich fest, dass es nicht zu einer Haftungserweiterung wegen einer Beteiligung an der Geschäftsführung kommt, wenn ein *Limited Partner* als *Director* oder *Officer* des *Corporate General Partners* tätig wird. Somit ist es möglich, eine *Limited Partnership* in ähnlicher Weise zu strukturieren, wie eine deutsche GmbH & Co KG. Der oder die Investoren sind Gesellschafter des *General Partner* und gleichzeitig auch *Limited Partner* der *Partnership*. Bei dieser Gestaltung kontrollieren die Investoren auch den *General Partner*, da sie dessen *Directors* und *Officers* ernennen. Zwar haftet bei einer solchen Struktur der *Corporate General Partner* mit seinem gesamten Vermögen, die Haftung des oder der Investoren ist jedoch insgesamt auf die in das Unternehmen getätigten Investitionen beschränkt.

Anders als eine gewöhnliche *General Partnership* kann eine *Limited Partnership* nicht gegründet werden, ohne dass die Gründer weitere Voraussetzungen erfüllen. In jedem Bundesstaat gibt es gesetzliche Regelungen, denen entsprochen werden muss, um eine *Limited Partnership* zu gründen. Fast alle Bundesstaaten haben den *Revised Uniform Limited Partnership Act*, ein Modellgesetz, in ihr eigenes Recht umgesetzt. Daher sind die Unterschiede zwischen den Gesetzen der einzelnen Bundesstaaten nur marginal. Meist verlangen diese Gesetze, dass die *Limited Partnership* eine Bescheinigung einreicht, die die vom Gründungsstaat erwünschten Informationen enthält, dass ein Zustellungsbevollmächtigter benannt wird und auch in der Folgezeit existiert und dass jede spätere Änderung der Bescheinigung oder ihre Kraftloserklärung ebenfalls mitgeteilt wird. *Limited Partnerships*, die in einem Bundesstaat geschäftlich tätig werden wollen, in dem sie nicht gegründet wurden, können dies grundsätzlich tun, müssen aber zuvor einen ordnungsgemäßen Antrag auf Zulassung in dem entsprechenden Bundesstaat stellen.

In letzter Zeit haben fast alle Bundesstaaten gesetzliche Regelungen erlassen, die es *General Partnerships* erlauben, sich registrieren zu lassen und dadurch die Haftung ihrer Partner ganz oder teilweise zu beschränken. In Delaware, Illinois und einigen anderen Staaten trifft die Partner keinerlei persönliche Haftung für alle Verbindlichkeiten der *Partnership*, die nach der Registrierung der *Partnership* als „*Limited Liability*

Partnership" entstehen. Diese Möglichkeit der Haftungsbeschränkung besteht in anderen Bundesstaaten jedoch nicht in gleichem Maße. In New York sind zum Beispiel *Limited Liability Partnerships* für kaufmännische Zwecke überhaupt nicht zugelassen. Wenn eine Investition in einem Gliedstaat in Betracht gezogen wird, der eine umfassende Haftungsbeschränkung für registrierte *Limited Liability Partnerships* bietet, sollte diese Rechtsform als Investitionsvehikel in Betracht gezogen werden, insbesondere dann, wenn eine *Partnership* auch aus anderen Gründen vorteilhaft ist.

General Partnerships und *Limited Partnerships* waren lange Zeit die bevorzugte Rechtsform für Joint Ventures, doch seitdem die Möglichkeit besteht, eine *Limited Liability Company* zu gründen, ist ihre Zahl deutlich zurück gegangen. Doch werden *Limited Partnerships* weiterhin für Unternehmungen in Bundesstaaten genutzt, wenn sich dadurch die steuerliche Belastung in den betreffenden Bundesstaaten reduzieren lässt. Darüber hinaus kann die Limited Partnership für deutsche Investoren attraktiv sein, die möglicherweise steuerliche Vorteile in Deutschland erreichen, wenn sie ihre Geschäfte in den USA in Form einer *Partnership* betreiben (siehe dazu auch Kapital 8 – Steuern).

IV. Rechtsformwahl

Unternehmen, die für sich den US-amerikanischen Markt erschließen wollen, fragen sich häufig, ob sie dafür die Rechtsform der *Corporation* oder der *LLC* wählen sollen. Während sich bei einer *LLC* und bei einer *Corporation* die Haftung gleichermaßen beschränken lässt und es sich bei beiden um anerkannte Gesellschaftsformen handelt, wird eine *LLC* häufig aufgrund der bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten und der steuerlichen Folgen zu bevorzugen sein. Eine *LLC* lässt sich noch individueller gestalten als eine *Corporation*. So ist es beispielsweise bei einer *LLC* einfacher als bei einer *Corporation*, voneinander abweichende Finanzierungs- und Beteiligungsverhältnisse zu vereinbaren. Die *LLC*-Mitgliedschaften können entweder als Anteile (die dann im Wesentlichen den *Shares* einer *Corporation* entsprechen) oder als prozentuale Beteiligung an der Gesellschaft ausgedrückt werden. Jedoch können gegenwärtig *LLC*-Mitgliedschaften nicht öffentlich gehandelt werden. Mit Ausnahme von öffentlich gehandelten Gesellschaften kann eine *Corporation* also fast immer durch eine *LLC* ersetzt werden.

Eine *LLC* weist außerdem gegenüber einer *Corporation* steuerliche Vorteile auf. Während bei einer *Corporation* die Besteuerung grundsätzlich auf zwei Ebenen erfolgt (auf Ebene der Gesellschaft selbst und auf Ebene ihrer Gesellschafter), kann eine *LLC*

wählen, ob sie wie eine *Corporation* besteuert werden möchte, oder ob sie es vorzieht, wie eine *Partnership* steuerlich transparent zu sein. Letztlich werden steuerliche Gesichtspunkte den Ausschlag dafür geben, ob eine amerikanische Tochtergesellschaft in Form einer *LLC* oder in Form einer Corporation betrieben werden soll. Da sowohl eine *LLC* als auch eine *Corporation* die beschränkte Haftung gewähren, mag eine *LLC* jedenfalls aus Gründen der Flexibilität als US-Tochtergesellschaft einer *Corporation* zu bevorzugen sein. Wie bereits dargestellt wurde, kann die *LLC* die Struktur einer Corporation durch Einsetzung von *Officers* und *Directors* annehmen.

Für einige ausländische, gerade auch deutsche Investoren, kann jedoch die Wahl einer *Partnership* erhebliche Steuervorteile bieten. Einzelheiten zu dieser Steuer sparenden Möglichkeit sind in Kapitel 8 – Steuern –, beschrieben. Zusätzlich zu diesen möglichen Steuervorteilen lässt sich bei einer *Limited Partnership* und bei einer *Limited Liability Partnership* die Haftung gleichermaßen beschränken wie bei einer *LLC* oder bei einer *Corporation*. Eine *Limited Partnership* ist darüber hinaus im US-amerikanischen Geschäftsleben und auf dem US-amerikanischen Markt eine ebenso anerkannte Rechtsform. Sie ist wirtschaftlich praktikabel, wird zunehmend auch von rein US-amerikanischen Unternehmen genutzt, bietet beschränkte Haftung und wird in ganz ähnlicher Weise geführt wie ihr deutsches Pendant, die GmbH & Co. KG. Eine *Limited Partnership* stößt im Allgemeinen auch nicht auf Akzeptanzschwierigkeiten bei Lieferanten, Kunden oder Banken.

Wenn eine Delaware *Limited Partnership* mit einem *Corporate General Partner* für die US-amerikanischen Geschäfte gewählt wird, haften die Investoren als *Limited Partners* nicht persönlich und unbeschränkt, sondern nur mit ihren Einlagen. Ist der *General Partner* eine *Corporation*, ist ihren Gesellschaftern die beschränkte Haftung ebenfalls sicher, auch wenn die *Corporation* selbst für die Verbindlichkeiten der *Limited Partnerhsip* unbeschränkt haftet. Anderes gilt nur in Ausnahmefällen, die einen Haftungsdurchgriff (*piercing the corporate veil*) begründen. Diese werden noch in Kapitel 7 – Haftung – näher erläutert.

Kapitel 3
Zweigniederlassungen, Joint Ventures Und Tochtergesellschaften

Im Folgenden soll es um Betätigungsformen auf dem amerikanischen Markt gehen, die einem deutschen Unternehmen zur Verfügung stehen, wenn es dauerhaft und nachhaltig in den Vereinigten Staaten präsent sein will. Das deutsche Unternehmen kann sich dafür entscheiden, eine Zweigniederlassung zu errichten oder eine Tochtergesellschaft zu gründen. Es kann stattdessen aber auch einfach ein bereits bestehendes amerikanisches Unternehmen erwerben. In diesem Kapitel geht es zunächst um die erste Möglichkeit, also um die Errichtung einer Zweigstelle, die Gründung einer Tochtergesellschaft oder eines Joint Ventures. Im sich anschließenden Kapitel – Unternehmenskäufe in den Vereinigten Staaten – wird es dagegen um die zweite Möglichkeit des Markteintritts gehen: den Erwerb einer oder die Verschmelzung mit einer bereits bestehenden amerikanischen Gesellschaft.

I. Zweigniederlassungen

Eine ausländische Gesellschaft kann zwar in den Vereinigten Staaten eine Zweigniederlassung errichten. Damit sind aber wesentliche Nachteile verbunden, insbesondere unter steuerlichen Aspekten und Haftungsgesichtspunkten. Eine Darstellung der steuerlichen Nachteile ist in Kapitel 8 – Steuern – enthalten. Haftungsaspekte werden in Kapitel 7 – Haftungsfragen – behandelt.

Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften unterliegen in den Vereinigten Staaten keinen bundesrechtlichen Vorschriften und müssen sich auch nicht in einem bundesweiten Register eintragen lassen. Allerdings verlangen die Bundesstaaten, dass eine ausländische Gesellschaft ihre Geschäftstätigkeit erst nach Erhalt einer Zulassung aufnimmt. Eine Gesellschaft ist dabei dann „ausländisch", wenn sie nach dem Recht eines anderen Staates (zum Beispiel Deutschland, Schweiz oder Österreich) oder eines anderen Bundesstaates der Vereinigten Staaten gegründet wurde. Das Zulassungserfordernis richtet sich also nicht nur an nicht-amerikanische Investoren. „Geschäftstätigkeit" (*doing business*) ist ein technischer Begriff und verlangt einen nicht unerheblichen Bezug zum betreffenden Bundesstaat. Eine „Geschäftstätigkeit" liegt zum Beispiel vor, wenn der ausländischen Gesellschaft Grundvermögen gehört oder sie Grundstücke oder Gebäude mietet, wenn sie ein Warenlager für den

örtlichen Vertrieb unterhält, Arbeitnehmer beschäftigt, etc. Der bloße Verkauf von Produkten an Kunden vor Ort, sei es unmittelbar oder durch Zwischenschaltung von Handelsvertretern oder Vertragshändlern, stellt für sich allein dagegen keine „Geschäftstätigkeit" dar.

Die Zulassung in den einzelnen Bundesstaaten unterliegt nur wenigen Voraussetzungen: Im Wesentlichen wird sichergestellt, dass die Firmenbezeichnung des Unternehmens nicht mit der Firmenbezeichnung eines bereits zugelassener Unternehmen verwechselt werden kann und alle Zulassungsgebühren und Steuern ordnungsgemäß entrichtet wurden (im Grunde genommen handelt es sich um eine Form der Besteuerung). In den meisten Bundesstaaten erlangt eine nicht-amerikanische Gesellschaft die Zulassung dadurch, dass ein einfacher Antrag gestellt, eine Zulassungsgebühr entrichtet und eine notariell beglaubigte (und gegebenenfalls legalisierte) Kopie des Gesellschaftsvertrags (in englischer Sprache oder unter Beifügung einer beglaubigten Übersetzung) eingereicht wird. Der damit verbundene Aufwand ist also gering.

II. Tochtergesellschaften

Meistens betreiben ausländische Unternehmen ihr US-Geschäft über Tochtergesellschaften. Die Gründung einer solchen Tochtergesellschaft unterliegt keinen komplizierten bundesrechtlichen Vorschriften und Registrierungsverfahren. Vielmehr werden *Corporations, Limited Liability Companies* und andere Gesellschaften nach dem Recht der Bundesstaaten errichtet. Wie schon zuvor erläutert, ist es in den Vereinigten Staaten vergleichsweise leicht, eine *Corporation*, eine *Partnership*, oder eine *Limited Liability Company* zu gründen. Eines behördlichen oder gerichtlichen Genehmigungsakts bedarf es nicht. Ebenso wenig ist es erforderlich, die Werthaltigkeit von Sacheinlagen prüfen zu lassen. Jede Gesellschaft kann daher innerhalb von maximal 48 Stunden gegründet werden.

Mit einer amerikanischen Tochtergesellschaft kann das US-Geschäft flexibel geführt werden. Dabei bietet sie gleichzeitig ihrer Muttergesellschaft Schutz. Die Finanzierung der Tochtergesellschaft erfolgt eigenständig und je nach Bedarf. Die Muttergesellschaft wird zudem grundsätzlich nicht in Auseinandersetzungen vor amerikanischen Gerichten verwickelt, es sei denn, die Voraussetzungen für einen Haftungsdurchgriff liegen vor. Auf letzteres wird in Kapitel 7 – Haftungsfragen – detaillierter eingegangen.

Eine *Corporation* kann auch als Joint Venture errichtet werden. Meistens wird der amerikanische Partner aus Steuergründen jedoch eine *Limited Liability Company* oder eine *Limited Partnership* bevorzugen.

III. Joint Ventures und Strategic Alliances

Die Begriffe „Joint Venture" und „Strategic Alliance" stehen für die verschiedenen Arten einer Unternehmenskooperation. Eine solche Kooperation kann in zahlreichen Formen auftreten. Die Bandbreite reicht dabei vom rein schuldrechtlichen Vertragsverhältnis bis hin zur Gründung einer neuen Gesellschaft. Allen diesen Formen ist jedoch gemein, dass sie von einer laufenden Zusammenarbeit und einer Gewinnaufteilung ausgehen. Die Bezeichnungen dieser Zusammenarbeitsformen sind vielfältig, ohne dass sich aus den Bezeichnungen inhaltliche Rückschlüsse ziehen lassen. Meist wird die Bezeichnung „Joint Venture" verwendet. Im Folgenden sollen die rechtlichen und geschäftlichen Aspekte erläutert werden, die üblicherweise bei der Gründung und während des Bestehens eines Joint Ventures eine Rolle spielen. Zu diesen Aspekten zählen: Wettbewerbsverbote, Einlagen der Partner, Gewinnverteilungs- und Finanzierungsabreden, Entsendungs- und andere Personalentscheidungsrechte, Streitschlichtungsmechanismen, Minderheitenschutz, sonstige Beitragspflichten der Partner (zum Beispiel Lizenzgewährung und Management-Vereinbarungen), Ausstiegsmöglichkeiten und steuerrechtliche Aspekte.

A. Art und Umfang eines Joint Ventures

1. Grundsätzliches

Die Art und der Umfang eines Joint Ventures spielen bei der Entscheidung über seine rechtliche Ausgestaltung eine wesentliche Rolle. Das Joint Venture kann einerseits durch Abschluss mehrerer Verträge begründet werden. Andererseits können die Joint Venture -Partner auch eine gemeinsame Gesellschaft gründen. In jedem Fall sollte die rechtliche Struktur so einfach wie möglich gehalten werden. Die Errichtung einer Gesellschaft und die Übertragung von Vermögen und Personal können sowohl zu Beginn des Joint Ventures als auch bei dessen Beendigung erhebliche Kosten verursachen. Nichtsdestotrotz sollten Joint Ventures – trotz Unterstützung der Partner – grundsätzlich als selbständige Unternehmen betrieben werden, so dass es schon aus diesem Grund erforderlich ist, eine oder mehrere Gesellschaften zu errichten.

Strategic Alliances können in vielerlei Form auftreten, zum Beispiel als Zusammenschlüsse zum Zwecke gemeinsamer Forschung und Entwicklung, gemeinsamer Lizenzierung oder zum Zwecke des gemeinsamen Vertriebs, wobei letztere Form sich auch auf gemeinsame Werbe- und Marketingaktivitäten erstrecken oder eine vertikale Kooperation in Form der Belieferung einer Partei durch die andere umfassen kann. Derartige Vereinbarungen werden, selbst wenn kein gemeinsamer Rechtsträger errichtet wird, als *Alliance* oder *Joint Venture* bezeichnet, wenn sie eine dauerhafte Verbindung begründen sollen und ein hohes Maß an partnerschaftlicher Zusammenarbeit voraussetzen. In jüngster Zeit ist zu beobachten, dass derartige langfristige Vereinbarungen Vorauszahlungen einer Partei vorsehen, und manchmal ist sogar eine Partei verpflichtet, sich als Minderheit an der anderen Partei zu beteiligen.

Ein so genanntes „*Contributory Joint Venture*" ist ein Joint Venture, bei dem die Partner einen selbständigen Rechtsträger – in der Regel eine Gesellschaft – errichten und mit Barmitteln und anderen Vermögensgegenständen ausstatten. Ein „*Acquisitive Joint Venture*" entsteht dadurch, dass sich eine Partei in ein bestehendes Unternehmen einkauft. Dann bestehen viele Ähnlichkeiten zu einer M&A-Transaktion: Eine *Due Diligence* muss durchgeführt werden und es wird ein Vertrag mit Garantie- und Gewährleistungsregelungen sowie entsprechenden Freistellungsklauseln abgeschlossen, die den eintretenden Partner vor nicht offen gelegten Verbindlichkeiten schützen sollen. Es gibt auch Mischformen, in denen zwei bestehende Unternehmen miteinander kombiniert werden. In diesem Fall verhalten sich die Partner meist so, als ob sie jeweils das Unternehmen des anderen Partners erwerben würden.

Mit welchem Vermögen das Joint Venture ausgestattet wird, hängt von der Art der beabsichtigten Unternehmung ab. So benötigt beispielsweise ein Joint Venture, das gegründet wurde, um die von den Partnern hergestellten Produkte zu vertreiben, vergleichsweise wenig Sachanlagevermögen und keine Immaterialgüterrechte. Es bedarf nur einer Marketingzentrale und Personals. Besteht der Zweck des Joint Ventures dagegen auch in der Herstellung von Produkten oder in der Durchführung von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten, müssen dem Joint Venture Sachanlagevermögen und Immaterialgüterrechte in erheblichem Ausmaß zur Verfügung gestellt werden.

2. Wettbewerbsverbot

Der Umfang eines Joint Ventures ist wesentlich, weil er sich unmittelbar darauf auswirkt, in welchem Ausmaß die Partner außerhalb des Joint Ventures tätig werden dürfen. Die meisten Joint Ventures erlauben es den Partnern, weiterhin außerhalb des Joint Ventures ihrer geschäftlichen Tätigkeit nachzugehen. Meistens stellt das Joint Venture sogar nur einen kleinen Ausschnitt der gesamten geschäftlichen Tätigkeit der beteiligten Partner dar. Etwas ganz anderes ist es aber, wenn ein Partner dem Joint Venture Konkurrenz macht. Nicht selten ist dies den Partnern vertraglich untersagt. Derartige vertragliche Wettbewerbsverbote kommen in vielen Varianten vor. In Fällen, in denen beabsichtigt ist, dass das Joint Venture in einem weit abgesteckten Geschäftsbereich tätig wird, ist es den Partnern oft generell untersagt, in diesem Geschäftsbereich tätig zu werden. Auf diese Art werden alle Geschäftschancen dieses Bereichs dem Joint Venture zugewiesen. Wenn dagegen das Joint Venture nur in einem ganz beschränkten Bereich tätig werden soll, wird den Partnern häufig lediglich untersagt, in diesem eng beschränkten Bereich tätig zu werden. Der Joint Venture Vertrag kann auch – in angemessenen zeitlichen Grenzen – vorsehen, dass es die Partner unterlassen, Geschäfte mit Kunden des Joint Ventures durchzuführen oder Kunden oder Angestellte des Joint Ventures abzuwerben. Daneben ist es auch ratsam, den Partnern zu untersagen, vertrauliche Informationen des Joint Ventures zu nutzen oder weiterzugeben.

Wettbewerbsverbote müssen den Vorgaben des Wettbewerbs- und Kartellrechts auf Bundesebene (*federal antitrust laws*) genügen. Grundsätzlich muss die Gründung von Joint Ventures der Bundesverwaltung angezeigt und von dieser genehmigt werden, wenn es sich um bedeutsame Partner handelt und der Wert der Transaktion $ 50 Mio. übersteigt. Jedoch werden auch derartige Joint Ventures und die mit ihnen verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich akzeptiert, es sei denn die Partner erlangen infolge des Joint Ventures eine nicht hinnehmbare marktbeherrschende Stellung. In vielen Fällen lautet die entscheidende Frage, ob die Partner wirklich ein Joint Venture errichten wollen, in dem sie ihre geschäftliche Tätigkeit zusammenführen und die wirtschaftliche Risiken teilen oder ob das Joint Venture nur dazu dient, Preise und Produktionsmengen abzustimmen. Diese Frage wird im Wesentlichen danach entschieden, ob das Joint Venture einen Effizienzgewinn erwarten lässt und ob die Beschränkungen, die beide Partner zu diesem Zweck auf sich nehmen, erforderlich sind, um diesen Effizienzgewinn zu erreichen – ist dem so, liegt grundsätzlich ein zulässiges Joint Venture vor.

Damit ein Wettbewerbsverbot durchsetzbar ist, muss es auch den rechtlichen Vorgaben der Bundesstaaten, den so genannten „*Standards of Reasonableness*", genügen. Diese Standards unterscheiden sich zwar von Bundesstaat zu Bundesstaat. Ihnen wird jedoch im Allgemeinen entsprochen, wenn es sich um Wettbewerbsverbote handelt, die nur direkten Wettbewerb mit dem Joint Venture untersagen und auf das im Territorium, in dem das Joint Venture gegenwärtig tätig wird, beschränkt sind. Wenn es sich um ein *Acquisitive Joint Venture* handelt, kann sogar ein noch weitergehendes Wettbewerbsverbot wirksam vereinbart und durchgesetzt werden, da es legitim ist, sicherzustellen, dass das Joint Venture tatsächlich im beabsichtigten Umfang von dem bei der Gründung erworbenen Unternehmen profitiert.

Ist das Joint Venture insgesamt nach Kartell- und Wettbewerbsrecht zulässig, ist ein sorgsam formuliertes Wettbewerbsverbot grundsätzlich wirksam und durchsetzbar.

3. Beteiligung an einem Joint Venture; Finanzierungsfragen

Bei der Errichtung eines Joint Ventures besteht eine Grundsatzentscheidung darin, die Einlagen der beteiligten Partner festzulegen, die diese dem Joint Venture gegenüber zu erbringen haben. Da diese Einlagen aus materiellen oder immateriellen Vermögensgegenständen bestehen können, müssen sich die Partner auch auf den Wert der zu erbringenden Einlagen einigen. Art und Bewertung der Einlagen wirken sich auch auf den Beteiligungsumfang der Partner am Joint Venture aus. Der Beteiligungsumfang spiegelt im Allgemeinen die finanzielle Beteiligung des jeweiligen Partners am Joint Venture wider, hat aber meist auch Einfluss auf die Frage, inwieweit die Partner Kontrolle über das Joint Venture ausüben können – und damit auch auf die Zusammensetzung des Managements des Joint Ventures.

a. Einlagen

Die Parteien können ihre Einlagen auf verschiedene Art und Weise erbringen. So können sie eine Bareinlage tätigen oder materielle (Grundstücke, Maschinen, etc.) oder immaterielle Vermögensgegenstände (Know-how, Immaterialgüterrechte, etc.) als Sacheinlage einbringen. Zuweilen besteht die Einlage sogar in einem ganzen Unternehmen, das durch das Joint Venture fortgeführt werden soll. In den Vereinigten Staaten kommt dem Eigenkapital einer Gesellschaft eine erheblich geringere Bedeutung zu als in vielen anderen Staaten. So ist es beispielsweise nicht üblich, dass eine Gesellschaft die Höhe ihres Eigenkapitals auf dem Briefbogen oder

an anderer Stelle angibt. Es erscheint lediglich in der Bilanz. Es besteht bei keiner Gesellschaftsform die Pflicht, das Eigenkapital zu reduzieren, und zwar selbst dann nicht, wenn es wegen Verlusten einen negativen Wert annimmt. Weiterhin führt ein Verlust des Eigenkapitals nicht automatisch zu einer Haftung der Gesellschafter oder des Managements, solange die Gesellschaft ordnungsgemäß und unabhängig von ihren Gesellschaftern geführt wurde. Dieser Bedeutungsunterschied ist möglicherweise auch der Grund dafür, dass Sacheinlagen nicht förmlich bewertet werden oder gerichtlich genehmigt werden müssen. Es reicht vielmehr aus, wenn das Management eine Sacheinlage in gutem Glauben bewertet, um den Wert dieser Sacheinlage festzulegen.

Darüber hinaus sind die Joint Venture-Partner bei der Festlegung der Beteiligungs-und Kontrollverhältnisse nicht an die Bewertung der Einlagen gebunden, ganz gleich in welcher Gesellschaftsform das Joint Venture errichtet wird. Selbst bei einer *Corporation*, eine Gesellschaftsform mit vergleichsweise strengen Kapitalvorschriften, kann ein Teil der *Shares* mit einem Aufpreis ausgegeben werden, so dass es den Joint Venture-Partnern freisteht, die Beteiligungsverhältnisse unabhängig vom Wert der erbrachten Einlagen festzulegen. Das bedeutet, dass die Entscheidung, welche Einlagen die Partner zu erbringen haben, letztlich eine rein geschäftliche Entscheidung ist. Fast jede Vereinbarung, die in gutem Glauben getroffen wird, ist auch rechtlich zulässig.

Verträge, die im Rahmen der Errichtung eines Joint Ventures geschlossen werden, sehen in der Regel Bezugsrechte der Partner vor, die vor einer Verwässerung der Beteiligungsverhältnisse schützen sollen. So können Pflichten begründet werden, Kapital nachzuschießen, oder Darlehen, die dem Joint Venture gewährt wurden, zu verlängern. Derartige Pflichten können zu bestimmten, vertraglich festgelegten Zeitpunkten oder auf Verlangen des Managements des Joint Ventures fällig werden. Wenn ein Partner eine geschuldete Einlage nicht erbringt, ist oftmals der nicht säumige Partner berechtigt, die Einlage zu erbringen und dadurch den Beteiligungsumfang des säumigen Partners zu verwässern. Daneben haftet der säumige Partner auf Ersatz aller durch die Säumnis entstandenen Schäden.

b. Andere Finanzierungsformen

Wenn das Joint Venture selbständig und unabhängig agieren soll und mit genügend Eigenkapital ausgestattet ist, kann es sich möglicherweise zusätzlich erforderliche Mittel selbst beschaffen. Meistens erfordert aber eine zusätzliche Finanzierung des

Joint Ventures die Unterstützung der Joint Venture-Partner. Sollen diese neben ihren Einlagen auch Gesellschafterdarlehen zur Verfügung stellen, ist es ratsam, dies schon bei Errichtung des Joint Ventures festzulegen. Die Joint Venture-Partner mögen es jedoch vorziehen, dass das Joint Venture Darlehen von dritter Seite in Anspruch nimmt, die dann üblicherweise durch Bürgschaften der Joint Venture-Partner abgesichert werden. Kreditinstitute wünschen meist, dass sich die Joint Venture-Partner gesamtschuldnerisch verbürgen, also dass jeder Joint Venture-Partner für die Rückzahlung der gesamten Darlehenssumme haftet. Wenn die Joint Venture-Partner in diesem Fall finanziell unterschiedlich stark sind, ist der stärkere Partner bei einem Scheitern des Joint Ventures einem höheren Haftungsrisiko ausgesetzt. Besteht das Joint Venture aus amerikanischen und nicht amerikanischen Joint Venture-Partnern, sehen sich die amerikanischen Partner oftmals einem größeren Risiko ausgesetzt, weil es für das Kreditinstitut unkomplizierter ist, die Bürgschaft in den Vereinigten Staaten geltend zu machen. Dann versuchen die Parteien zuweilen auszuhandeln, dass sie sich nur für den Teil der jeweiligen Schuld verbürgen, der ihrer Beteiligung am Joint Venture entspricht.

c. Beteiligungsverhältnisse, Gewinnverteilung, Kapitalkonten

Das Ausmaß des finanziellen Engagements der Joint Venture-Partner eines Joint Ventures ist eine geschäftliche Entscheidung. Die Regelung der Kapitalbeteiligung und der Teilnahme an Gewinnen und Verlusten unterliegt weitestgehend der Privatautonomie. Zwar sollten bestimmte Regelungen des amerikanischen Steuerrechts beachtet werden, diese sehen jedoch grundsätzlich vor, dass die steuerliche Behandlung von Gewinnen und Verlusten des Joint Ventures nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu erfolgen hat.

Üblicherweise, wenngleich nicht zwingend erforderlich, spiegeln die Beteiligungsverhältnisse den Wert der Einlagen wider, die die Joint Venture-Partner leisten. Bei Auflösung und Liquidation des Joint Ventures erhalten die Joint Venture-Partner dementsprechend zunächst ihre Einlage zurück, bevor Gewinne verteilt werden.

Die Gewinn- und Verlustteilnahme der Partner muss sich nicht notwendigerweise an der Höhe der erbrachten Einlagen orientieren. Der Umfang der Beteiligung kann erheblich von der Gewinnberechtigung abweichen. Es kann vorkommen, dass die Joint Venture-Partner für Gewinne unterschiedlicher geschäftlicher Tätigkeiten des Joint Ventures unterschiedliche Gewinnverteilungsschlüssel vereinbaren

möchten. Zahlreiche andere spezielle Gewinnverteilungsschlüssel können dem Interesse der Joint Venture-Partner entsprechen und auch für verschiedene Phasen während der Laufzeit des Joint Ventures vereinbart werden. Den Gestaltungsmöglichkeiten sind kaum Grenzen gesetzt. Nur wenn es sich beim Joint Venture um eine *Corporation* handelt, bestehen gewisse Einschränkungen. In einer *Corporation* müssen zum Zwecke einer individuellen Gewinnverteilung jedenfalls unterschiedliche Klassen von *Shares* geschaffen werden.

Ein Joint Venture kann auch in Form einer *Limited Liability Company* betrieben werden. Mit Ausnahme der Corporation sind alle Gesellschaftsformen (*Limited Liability Companies, Limited Partnerships, Limited Liability Partnerships*, etc.) für ertragsteuerliche Zwecke transparent. Dies gilt nur dann nicht, wenn eine abweichende steuerliche Behandlung beantragt wird. Gewinne und Verluste des Joint Ventures werden dann direkt den Partnern zugeschrieben, die die auf ihren Gewinnanteil entfallenden Steuern bezahlen müssen. Bezüglich der Anzahl und der Nationalität der beteiligten Gesellschafter bestehen keine Beschränkungen, weshalb vermutlich viele amerikanische Unternehmen derartige, steuerlich transparente Rechtsformen bei Errichtung eines Joint Ventures einer *Corporation* vorziehen. Einzelheiten der steuerlichen Behandlung finden sich in Kapitel 8 – Steuern.

Wird das Joint Venture in einer steuerlich transparenten Rechtsform betrieben, muss nach amerikanischem Steuerrecht für jeden Joint Venture-Partner ein separates Kapitalkonto geführt werden. Auf diesem Kapitalkonto werden alle Einlagen der Partner, alle auf diese entfallenden Gewinne und Verluste sowie alle Ausschüttungen verbucht. Wenn nicht abweichende Gewinnverteilungsschlüssel vereinbart wurden, entwickeln sich die Kapitalkonten daher stets entsprechend den Beteiligungsverhältnissen. Wurden dagegen besondere Gewinnverteilungsschlüssel vereinbart, müssen diese in umfangreicheren Regelungen im Joint Venture-Vertrag berücksichtigt werden. Bei der Liquidation eines steuerlich transparenten Joint Ventures wird das nach der Begleichung der Schulden verbleibende Vermögen unter den Joint Venture-Partnern nach Maßgabe des Verhältnisses der Kapitalkonten verteilt.

d. Ausschüttungen

Bei allen amerikanischen Gesellschaftsformen lassen sich Ausschüttungen an die Gesellschafter recht flexibel vornehmen. Gegenwärtige Gewinne und solche vergangener Geschäftsjahre stehen für Ausschüttungen zur Verfügung. *Corporations* können sogar auch das bei der Ausgabe von *Shares* erzielte Agio ausschütten.

Mit Ausnahme der *Corporation* können amerikanische Gesellschaften all die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel ausschütten, solange eine Ausschüttung nicht die Insolvenz der Gesellschaft nach sich zieht. Bei steuerlich transparenten Gesellschaftsformen, die selbst keiner Besteuerung unterliegen, ist es ratsam zu vereinbaren, dass jährlich insoweit eine Ausschüttung in einer Höhe vorgenommen wird, die den Gesellschafter die Bezahlung der auf ihren Gewinnanteil entfallenden Steuer ermöglicht. Darüber hinaus können sich die Joint Venture-Partner auch auf eine allgemeine Ausschüttungspolitik für weitergehende Ausschüttungen einigen, wenn für derartige Ausschüttungen ausreichend Cash Flow vorhanden ist.

e. Buchführung

Aus rechtlicher Sicht ist es nicht erforderlich, einen Wirtschaftsprüfer zu bestellen, der die Bücher und den Jahresabschluss des Joint Ventures prüft. In der Praxis ist dies aber dennoch die Regel. Außerdem kann es aufgrund von Rechtsvorschriften, denen die Gesellschafter bzw. Muttergesellschaften des Joint Ventures (nicht dagegen das Joint Venture selbst) unterliegen, erforderlich sein, dass auch der Jahresabschluss des Joint Ventures geprüft wird. Geprüfte Jahresabschlüsse schaffen in Bank- und Geschäftskreisen ein deutlich höheres Vertrauen als die bloße Angabe der Eigenkapitalziffer der Gesellschaft. Größere Gesellschaften haben darüber hinaus oft einen „*Treasurer*" oder einen „*Controller*", also Angestellte, die für die Finanzangelegenheiten bzw. für die Buchführung der Gesellschaft verantwortlich sind.

In der Regel sieht der Joint Venture-Vertrag vor, dass den beteiligten Joint Venture-Partnern in zumutbarer Weise Einblick in die finanziellen Angelegenheiten des Joint Ventures zu gewähren ist und ihnen generell Informationen zur Verfügung gestellt werden. Die gesetzlichen Regelungen für *Partnerships* und *Limited Liability Companies* enthalten dahingehende explizite Regelungen.

f. Besteuerung der Gesellschaft und der Gesellschafter

Wenn die Joint Venture-Partner das Joint Venture in der Rechtsform einer *Corporation* betreiben, hängt die steuerliche Behandlung davon ab, ob es sich um eine so genannte „*C-Corporation*" oder um eine so genannte „*S-Corporation*" handelt. Aufgrund der sehr engen Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine „*S-Corporation*" vorliegt, handelt es sich bei Joint Ventures typischerweise um „*C-Corporations*". Dann unterliegt das Joint Venture einer doppelten Besteuerung, nämlich auf Gesellschafts- und auf Gesellschafterebene.

4. Wahl der Gesellschaftsform

Wenn das Joint Venture über ein reines Vertragsverhältnis hinausgeht und als gemeinsame Gesellschaft betrieben werden soll, stellt sich die Frage, welche Gesellschaftsform (*Corporation, Limited Liability Company* oder *Limited Partnership*) zu diesem Zweck am besten geeignet ist. Wie bereits in Kapitel 2 – US-amerikanische Gesellschaften – ausgeführt, lassen sich bei all diesen Gesellschaftsformen die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter in großem Umfang frei gestalten. Die Wahl einer *Limited Liability Company* kann unter steuerlichen Gesichtspunkten manchmal vorteilhaft sein. Eine *Limited Partnership* kann dagegen oft für bestimmte ausländische Investoren, zum Beispiel für deutsche, erhebliche Steuervorteile mit sich bringen. Bevor man sich auf eine Gesellschaftsform festlegt, sollten alle Kriterien, die bei der Entscheidung eine Rolle spielen, sorgfältig analysiert werden. Stehen die Interessen der Joint Venture-Partner und der übrige Sachverhalt weitestgehend fest, sollte der Rat eines amerikanischen Anwalts eingeholt werden, der bei der Wahl der geeigneten Gesellschaftsform behilflich sein kann.

Einigen sich die Joint Venture-Partner und ihre Rechtsanwälte darauf, das Joint Venture nicht als *Corporation* oder als *Limited Partnership*, sonder als *Limited Liability Company* zu betreiben, haben solche *Limited Liability Companies* fast immer – das folgt aus der Natur des Joint Ventures – mehrere Gesellschafter. Die *Limited Liability Company* kann auf vielerlei Art ausgestaltet werden und sich an einem der bereits oben dargestellten Modelle orientieren. Im Allgemeinen empfehlen wir ein so genanntes Hybrid-Modell, bei dem die Geschäfte des Joint Ventures nicht von einem *Board of Directors*, sondern von dem Joint Venture-Partnern und einem oder mehreren *Managers* und *Officers* geführt werden. Bei wechselnden Beteiligungsverhältnissen kann dies den praktischen Vorteil haben, dass sich so die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Geschäftsführung unmittelbar mit den Beteiligungsverhältnissen ändert, ohne dass die Zusammensetzung des *Board of Directors* geändert werden muss. Die Verwendung eines *Corporate*-Modells mit einem *Board of Directors* und mit *Officers*, ist aber durchaus auch möglich.

5. Einflussnahme auf das Joint Venture

Die Stimmrechte der Joint Venture-Partner bestimmen ihre Einflussnahmemöglichkeiten auf das Joint Venture. Die Stimmrechte können von den tatsächlichen Beteiligungsverhältnissen und der Gewinnberechtigung abweichen. Etwaige Gewinne können beispielsweise zu 70% dem einen und zu 30% dem anderen Joint Venture-Partner zugewiesen sein, während beide Partner

tatsächlich jeweils zu 50% die Stimmrechte ausüben. In diesem Fall beherrscht keiner der Partner das Joint Venture, obwohl dem einen Partner der Großteil des erzielten Gewinns zusteht.

Klassischerweise werden bei einer *Corporation* die wesentlichen Fragen vom *Board of Directors* entschieden, das von den Gesellschaftern gewählt wird. Bei einer *Partnership* üben dagegen die unbeschränkt haftenden Gesellschafter (*General Partners*) die Entscheidungsgewalt unmittelbar aus. Von diesen traditionellen Konzepten sind viele Bundesstaaten jedoch abgewichen und sehen deutlich flexiblere Regelungen vor, etwa für die *Limited Liability Company*. Weitere Einzelheiten zu diesem Thema finden sich in Kapitel 2 – US-amerikanische Gesellschaften.

6. Arbeitnehmer, Leistungen der Gesellschafter

Nur bestimmte Joint Venture-Formen, nämlich so genannte „*Operative Joint Ventures*", kommen ohne eigene Arbeitnehmer aus. Bei *Operative Joint Ventures* werden alle Geschäfte durch Arbeitnehmer der beteiligten Joint Venture-Partner (nicht dagegen des Joint Ventures) geführt. Die Arbeitnehmer treten dabei auch nur im Namen der Joint Venture-Partner, nicht aber im Namen des Joint Ventures auf. So genannte „*Structural Joint Ventures*", bei denen die Joint Venture-Partner eine gemeinsam Gesellschaft gründen, verfügen dagegen typischerweise über eigenes Personal, auch wenn dies von den beteiligten Partnern gestellt wird.

a. Arbeitsrecht

Das Arbeitsrecht und die Praxis des Arbeitsmarkts der Vereinigten Staaten unterscheiden sich erheblich von vielen anderen Ländern. Der amerikanische Arbeitsmarkt ist vorwiegend durch seine Flexibilität geprägt. Schriftliche Arbeitsverträge sind die Ausnahme, mündliche Arbeitsverhältnisse die Regel. Arbeitgeber fühlen sich ihren Arbeitnehmern nur in beschränktem Umfang verpflichtet und sind ohne weiteres bereit, die Zahl der Arbeitnehmer zu verringern, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse dies erfordern. Umgekehrt sind auch Arbeitnehmer viel eher bereit, ihre Stelle zu wechseln, wenn ihnen andernorts eine attraktivere Position angeboten wird.

Diese Flexibilität wird einerseits durch das amerikanische Arbeitsrecht ermöglicht, wirkt sich aber andererseits wiederum auf dessen Verständnis aus. Arbeitgebern steht ein nahezu unbeschränktes Recht zu, Arbeitnehmer ohne Grund zu kündigen. Umgekehrt können Arbeitnehmer ohne weiteres jederzeit ihren Arbeitsplatz wechseln.

Diese Flexibilität fördert einen Wettbewerb um die besten Arbeitnehmer, der die Arbeitgeber oftmals dazu zwingt, neben einem wettbewerbsfähigen Gehalt auch weitere Sozialleistungen anzubieten, die denen anderer Arbeitgeber entsprechen oder sie übertreffen.

Ganz anders verhält es sich, wenn die Belegschaft gewerkschaftlich organisiert ist. In diesem Fall werden die Höhe des Gehalts, die Sozialleistungen, Kündigungsrechte und manchmal sogar Entscheidungen über die Einstellung von neuen Arbeitnehmern von den Vorschriften des jeweiligen Tarifvertrags geregelt. Derartige Tarifverträge werden für jedes Unternehmen gesondert abgeschlossen. Dennoch haben sie Ausstrahlungswirkung, da sich die Mitglieder der jeweiligen Gewerkschaft an den Bedingungen in anderen Unternehmen nach den jeweiligen Tarifverträgen orientieren. Anders als zum Beispiel in Deutschland gibt es aber keine echten Flächentarifverträge.

Ein neu gegründetes Joint Venture kann natürlich eine vollständig neue Belegschaft anstellen. Meist sind aber viele Arbeitnehmer zuvor bei dem beteiligten Joint Venture-Partnern beschäftigt. Den Arbeitnehmern steht es in diesem Zusammenhang jedoch selbstverständlich frei, ob sie einem Wechsel zum Joint Venture zustimmen oder nicht. Lehnen sie einen Wechsel ab, haben sie keinen Anspruch darauf, beim betreffenden Joint Venture-Partner weiterbeschäftigt zu werden. Sie werden auch tatsächlich nicht weiterbeschäftigt, wenn im Zuge der Errichtung des Joint Ventures ihr bisheriger Arbeitsplatz beim Joint Venture-Partner wegfällt. In der Regel haben sie auch keinen Anspruch auf eine Abfindung oder eine Entschädigung. Unabhängig davon fühlen sich die meisten amerikanischen Unternehmen moralisch verpflichtet, den Arbeitnehmern, deren Arbeitsplatz wegen einer Joint Venture-Gründung wegfällt, die Weiterbeschäftigung beim Joint Venture anzubieten. Dabei sollten sich die Bedingungen, zu denen der Arbeitnehmer beschäftigt wird, nicht wesentlich ändern. Es sollten nur die Änderungen vorgenommen werden, die notwendig sind, um eine Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im Unternehmen sicherzustellen. Arbeitnehmer, die zum Joint Venture wechseln, machen sich immer auch ein wenig Sorgen um ihre Zukunft, selbst wenn das Joint Venture mehrheitlich zu ihrem früheren Arbeitgeber gehört. Aus diesem Grund bieten die Joint Venture-Partner den betroffenen Arbeitnehmern oftmals eine Bonuszahlung oder eine Gehaltserhöhung an, um eine reibungslose Überleitung des Beschäftigungsverhältnisses zu gewährleisten. Daneben bietet das Joint Venture den Arbeitnehmern üblicherweise auch Sozialleistungen an, die mit den von den bisherigen Arbeitgebern angebotenen Leistungen vergleichbar sind. Zu diesen Sozialleistungen zählt typischerweise der

Abschluss einer privaten Krankenversicherung, einer Lebensversicherung und meist auch eine betriebliche Alterssicherung, entweder in Form eines Pensionsplans oder in Form eines Angebots an die Angestellten, steuerbegünstigte Beiträge in einen Pensionsfonds einzahlen zu können.

Grundsätzlich abweichend verfährt die Praxis mit dem leitenden Management: Wird bei der Gründung des Joint Ventures das Unternehmen eines Joint Venture-Partners erworben und ist der Eigentümer des erworbenen Unternehmens dessen *Chief Executive Officer* oder ein leitender Manager, wird für die Zukunft meist ein schriftlicher Anstellungsvertrag mit dieser Person geschlossen. Die Konditionen dieses Anstellungsvertrags müssen zwischen den Partnern ausgehandelt werden. Üblicherweise werden ein Grundgehalt und Bonuszahlungen sowie Sozialleistungen (wozu auch die Finanzierung einer Mitgliedschaft in einem Automobilclub oder im örtlichen Country Club zählen kann) vereinbart. Der Anstellungsvertrag enthält weiterhin in der Regel – vornehmlich zum Schutz des Angestellten – eine Stellen- und Funktionsbeschreibung. Anderen Managern, die vom US-Partner zum Joint Venture wechseln, sollten ebenfalls schriftliche Verträge angeboten werden, selbst wenn sie zuvor auf Grundlage von mündlichen Verträgen tätig gewesen sind.

Auch soweit der ausländische Joint Venture-Partner das Management des Joint Ventures stellt, erwarten die Manager typischerweise, dass schriftliche Verträge abgeschlossen werden. Manchmal bleiben diese Manager bei der ausländischen Muttergesellschaft angestellt, damit sie weiterhin den gewohnten, heimischen Regelungen unterliegen. In diesem Fall werden die Manager von der ausländischen Muttergesellschaft an das Joint Venture entsandt. Das Joint Venture bezahlt der ausländischen Muttergesellschaft für die Entsendung ein Entgelt. Meist werden die Manager aber Angestellte des Joint Ventures, wobei ihnen eine Wiedereinstellung bei der ausländischen Muttergesellschaft für den Fall, dass das amerikanische Anstellungsverhältnis endet, zugesichert werden kann. Für weitere Einzelheiten zum amerikanischen Arbeits- und Aufenthaltsrecht wird auf Kapitel 6, Arbeit und Beschäftigung, verwiesen.

b. Verwaltung und andere Beiträge der Partner

Oftmals ist es unpraktisch, dass die Joint Venture-Partner dem Joint Venture das Personal und die sonstigen Mittel zur Verfügung zu stellen, die zu einem unabhängigen Betrieb des Joint Ventures erforderlich sind. Dies gilt insbesondere für so genannte *Cooperative Joint Ventures*. Die Joint Venture-Partner haben in diesem Fall dem Joint

Venture meist Serviceleistungen (zum Beispiel Management-Dienstleistungen, die Übernahme der Buchführung und IT-Leistungen) zu erbringen und zuweilen auch Sachmittel zur Verfügung zu stellen. Die diesbezüglichen Rechte und Pflichten der Partner und des Joint Ventures sollten dabei in einem schriftlichen Vertrag niedergelegt werden, der üblicherweise auch eine Vergütungsregelung enthält. Da die Joint Venture-Partner hierbei entgegenstehende Interessen verfolgen, dürften sich meist keine gravierenden Verrechnungspreisprobleme ergeben. Dennoch empfiehlt es sich stets, den Einzelfall von einem Steuerexperten noch einmal prüfen zu lassen.

Die Joint Venture-Partner können das Joint Venture auf vielfache Art unterstützen. Sie können dem Joint Venture Know-how und andere für den Geschäftsbetrieb benötigte Technologie entweder als Einlageleistung übertragen oder – wie im Regelfall – auf Grundlage eines Lizenzvertrags zur Verfügung stellen. Ein Lizenzvertrag kann das Joint Venture zur Zahlung von Lizenzgebühren verpflichten, aber selbst wenn die Lizenz unentgeltlich gewährt wird, ist eine Lizenzierung aus Sicht des lizenzierenden Joint Venture-Partners vorteilhafter, da die Lizenz im Falle einer Liquidation des Joint Ventures gekündigt werden kann und so das Know-how und die Technologie an den Partner zurückfällt. Wird das Know-how und die Technologie dem Joint Venture dagegen als Einlageleistung übertragen, steht es den Gläubigern des Joint Ventures als Haftungssubstrat zur Verfügung. Selbst wenn die Gläubiger anderweitig befriedigt werden, muss im Joint Venture-Vertrag eine spezielle Regelung getroffen werden, damit das von einem Partner zur Verfügung gestellte Know-how und die von einem Partner zur Verfügung gestellte Technologie bei Beendigung des Joint Ventures an diesen Partner zurückfallen.

7. Pflichten der Partner und der Manager; Haftung

Die Joint Venture Partner unterliegen gegenseitigen Treuepflichten, auch wenn dies nicht ausdrücklich im Joint Venture-Vertrag festgelegt ist. Der exakte Umfang dieser Pflichten wird durch Auslegung ermittelt. Manche Gerichte vertreten die Auffassung, dass die Pflichten der Joint Venture- Partner denen eines Treuhänders gleichen und die Partner im Wesentlichen dazu verpflichten, ausschließlich im Interesse der anderen Partner zu handeln. Darüber hinaus haben einige Gerichte entschieden, dass diese Treuepflichten schon beim Aushandeln des Joint Venture Vertrags bestehen. In den meisten Staaten haben die Treuepflichten jedoch keinen derartig weiten Anwendungsbereich.

Die *Directors* und die *Officers* eines US Joint Ventures haben gegenüber dem Joint Venture und seinen Partnern vergleichbare Loyalitäts- und Treuepflichten. Aufgrund ihrer Loyalitätspflicht (*duty of loyalty*) müssen die Manager im besten Interesse des Joint Ventures und seiner Partnern handeln. Mit der Loyalitätspflicht gelangt oftmals auch die so genannte Geschäftschancenlehre (*corporate opportunity doctrine*) zur Anwendung. Danach dürfen weder die Manager noch die Joint Venture-Partner in einem Bereich geschäftlich tätig werden, der dem Joint Venture zugewiesen ist. Zu den Treuepflichten zählt auch die Pflicht, die Inhaber des Joint Ventures über alle wesentlichen Umstände und Vorgänge, die das Joint Venture betreffen, zu informieren.

Die Manager trifft weiterhin eine Sorgfaltspflicht. Das bedeutet, dass sie bei der Leitung des Joint Ventures ihr bestes geschäftliches Urteilsvermögen (sog. *business judgement*) walten lassen müssen. Von Managern wird nicht verlangt, dass sie unfehlbar sind, sondern nur, dass sie nach ihrem besten Wissen und ihren besten Fähigkeiten vernünftige Geschäftsentscheidungen treffen und im besten Interesse des Joint Ventures und der Joint Venture-Partner handeln.

Diese Pflichten der Manager bestehen zugunsten des Joint Ventures und dessen Partnern, nicht aber zugunsten weiterer Personen wie zum Beispiel Arbeitnehmern, Kunden oder der Allgemeinheit. Die Manager sind nicht immer und allgemein dafür verantwortlich, wenn eine Unternehmung scheitert. Sie haben nur eigene kriminelle Handlungen zu verantworten und können persönlich haftbar gemacht werden, wenn sie andere fahrlässig verletzen. Dagegen können sie nicht für Straftaten des Joint Ventures zur Verantwortung gezogen werden, es sei denn, sie sind aktiv beteiligt oder verschließen sich – trotz sich aufdrängender Anhaltspunkte – dem Fehlverhalten anderer und schreiten gegen dieses nicht ein. Daher wird in den Vereinigten Staaten – im Gegensatz zu Europa – ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren auch nicht in jedem Fall gegen den *Chief Executive Officer* eines Joint Ventures eingeleitet. In Preisabsprachefällen konzentrieren sich die Behörden oftmals auf die Angehörigen des Managements, die direkt an der Preisabsprache beteiligt sind, während nicht unbedingt auch ein Verfahren gegen den *Chief Executive Officer* eingeleitet wird.

Als Begünstigte können die Inhaber des Joint Ventures die Treuepflichten vertraglich abändern, was von den Gerichten – zumindest in Delaware – anerkannt wird. Es ist daher üblich, die Manager nur bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz haften zu lassen. Üblich ist es auch, dass die Joint Venture-Partner einen Sorgfaltsmaßstab für ihr eigenes Handeln im Zusammenhang mit dem Joint Venture vereinbaren. Dabei ist es ratsam, die Pflichten der Beteiligten so exakt wie möglich festzulegen.

Weil das Joint Venture für seine Verbindlichkeiten selbst verantwortlich ist, wird in den Joint Venture-Vertrag und in die Gründungsdokumente üblicherweise eine Entschädigungsklausel aufgenommen. Dieser Klausel zufolge erstattet das Joint Venture seinen Managern die Kosten, die die Manager zur Abwehr von Ansprüchen Dritter erleiden, soweit sich die Ansprüche auf ein (Fehl-) Verhalten des Managements stützen. Die Entschädigungspflicht entfällt meist erst, wenn die Manager grob fahrlässig oder vorsätzlich ihre Pflichten verletzt oder Straftaten begangen haben.

8. Streitschlichtungsmechanismen

Ausgereifte amerikanische Verträge enthalten üblicherweise Regelungen für den Fall einer Streitigkeit zwischen den Vertragsparteien und bestimmen entweder ein Gericht, das ausschließlich zuständig ist, oder enthalten – insbesondere bei Verträgen mit internationaler Beteiligung – eine Schiedsklausel. Derartige Regelungen mögen bei zeitlich begrenzten Geschäften ausreichend sein. So besteht zum Beispiel bei einem Unternehmenserwerb zwischen den Parteien ab dem *Closing* kein dauerhafter Kontakt mehr, auch wenn gegenseitige Ansprüche noch lange nach *Closing* geltend gemacht werden können. Trotz dieser Möglichkeiten besteht jedoch ein Trend zu Streitvermeidungsregelungen, die zu einer Streitbeilegung zwischen den beteiligten Parteien ohne Gerichts- oder Schiedsverfahrens führen sollen. Derartige Regelungen sind besonders empfehlenswert, wenn die Parteien dauerhaft miteinander zu tun haben und daher Streitigkeiten aus zahlreichen Gründen und nicht zuletzt dadurch entstehen können, dass unterschiedliche Persönlichkeiten der Partner aufeinander prallen.

a. Schlichtung durch das Management

Eine übliche Streitschlichtungsmöglichkeit besteht darin, einen Streit jener Managementebene zur Schlichtung zu übertragen, die über der Ebene angesiedelt ist, die für das Joint Venture verantwortlich ist. Dahinter steckt die Überlegung, dass Personen, die nicht aktiv in das Joint Venture involviert sind, Streitigkeiten objektiver behandeln und lösen können. Entsprechende Klauseln sehen üblicherweise vor, dass der eine Joint Venture-Partner den anderen davon benachrichtigt, dass sich die betreffenden Mitglieder des Managements treffen mögen. Im Allgemeinen sind persönliche Treffen am ehesten dazu geeignet, auftretende Differenzen beizulegen. Meist muss das Treffen innerhalb einer vertraglich festgelegten Frist stattfinden. Wenn aber die eine Seite ein Treffen verweigert, macht es wenig Sinn, dieser zusätzliche Pflichten aufzuerlegen oder Sanktionen zu verhängen, da eine Streitbeilegung auf die hier beschriebene Art eben den Willen zur Streitbeilegung voraussetzt. Klauseln,

die eine Schlichtung durch das Management vorsehen, können sich auf eine bestimmte Geschäftsführungsebene beschränken. Sie können aber auch ein gestaffeltes Schlichtungsverfahren vorsehen und zum Beispiel an letzter Stelle ein Treffen der *Chief Executive Officers* vorsehen. Bei den Schlichtungsversuchen sind üblicherweise keine Rechtsanwälte zugegen. Dies ist zwar nicht zwingend ausgeschlossen, aber es ist zumindest üblich, die andere Seite zu benachrichtigen, wenn man beabsichtigt, sich von einem Rechtsanwalt begleiten zu lassen.

b. Mediation

Für den Fall, dass eine Streitschlichtung durch das Management nicht erfolgreich ist, wird meist die Durchführung einer Mediation oder eines so genannten Mini-Gerichtsverfahrens (*Mini-Trial*) vereinbart. Mediation ist ein unverbindliches Schiedsverfahren, bei dem die Teilnahme eines neutralen Dritten dazu dient, den Streitgegenstand abzugrenzen und eine einvernehmliche Lösung durch die Parteien zu erreichen. Der Mediator ist in der Regel ein Geschäftsmann und kein Rechtsanwalt. In den Vereinigten Staaten gibt es eine Vielzahl von Institutionen, die auf Verlangen und gegen Entgelt einen Mediator zur Verfügung stellen.

Ein *Mini-Trial* kann in einem formalisierten Verhandlungsverfahren unter Beteiligung eines neutralen Dritten oder der Manager der Parteien durchgeführt werden. Den Managern wird der Streitstoff von Rechtsanwälten in einer Art abgekürztem Gerichtsverfahren präsentiert. Dahinter steckt der Gedanke, dass die beteiligten Manager, wenn ihnen auf diese Art die Position der Gegenseite verdeutlicht wird, besser die Stärken und Schwächen der eigenen Position erkennen und daher eher bereit sind, einen Kompromiss einzugehen.

Wenn keiner dieser Streitschlichtungsmechanismen erfolgreich ist, müssen die Parteien ein Schiedsverfahren oder ein Gerichtsverfahren durchführen. In beiden Fällen ist eine Fortsetzung des Joint Ventures unwahrscheinlich.

c. Schiedsverfahren

Für den Fall, dass eine Streitigkeit mit gütlichen Streitschlichtungsmechanismen nicht beigelegt werden kann, enthält der Joint Venture-Vertrag üblicherweise eine Schiedsgerichtsklausel, die eine rechtsverbindliche Streitschlichtung herbeiführen kann. Ein solches Schiedsgerichtsverfahren kann nach den Schiedsgerichtsordnungen zahlreicher Institutionen durchgeführt werden. In den Vereinigten Staaten gibt es die *American Arbitration Association* und das *Center for Public Resources*. Ein ausländischer Joint

Venture-Partner bevorzugt zuweilen eine internationale Schiedsinstitution, wie zum Beispiel die *International Chamber of Commerce* oder den *London Court of International Arbitration*. Wenn es sich aber um ein Joint Venture in den Vereinigten Staaten handelt, ist es vorteilhafter, eine US-amerikanische Institution zu wählen, da diese sachnäher entscheidet. Auch wenn das Schiedsverfahren unter der Schirmherrschaft einer amerikanischen Institution durchgeführt wird, ist die Neutralität des Schiedsgerichts gewährleistet. Das größte Problem ausländischer Parteien ist nicht die fehlende Neutralität, sondern vielmehr, dass das Verfahren sehr wahrscheinlich vor amerikanischen Anwälten durchgeführt wird, so dass ein ausgedehntes und zeitraubendes Beweisverfahren mit Vorlagepflichten (*Discovery*) und den damit verbundenen Kosten droht. Den Joint Venture-Partnern steht es jedoch frei, das Ausmaß einer solchen *Discovery* im Joint Venture-Vertrag zu begrenzen.

Die Joint Venture-Partner verhandeln oft sehr lang über die Anzahl der Schiedsrichter. Zwar wirkt es in gewisser Weise beruhigend, wenn wichtige Streitigkeiten von drei Schiedsrichtern entschieden werden. Aber dies führt wiederum dazu, dass sich der Zeitaufwand und die Kosten des Schiedsverfahrens erhöhen: Die Parteien müssen drei Schiedsrichter entlohnen und für drei stark beschäftigte Personen ist es auch nicht immer einfach, einen gemeinsamen Termin zu finden. Wir empfehlen daher, dass sich die Joint Venture-Partner grundsätzlich auf nur einen Schiedsrichter einigen, der von einer geeigneten Institution bestimmt wird.

In den Vereinigten Staaten trägt jede Partei die ihr im Rahmen eines Rechtsstreits entstehenden Kosten in der Regel selbst. Im Rahmen einer Schiedsgerichtsvereinbarung können die Joint Venture-Partner aber ohne weiteres Abweichendes festlegen. Die Gefahr, im Falle eines Unterliegens die Prozesskosten der Gegenseite tragen zu müssen, kann unbegründete Klagen vermeiden helfen.

d. Gerichtsverfahren

Wenn die Joint Venture-Partner eine Streitschlichtung durch ordentliche Gerichte vorziehen, sollten sie bedenken, dass die Amtsgerichte (*local courts*) in den Vereinigten Staaten oft nicht besonders viel Erfahrung mit wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten haben. Allgemein kann man sagen, dass Bundesgerichte (*federal courts*) bessere Urteile verkünden als die Gerichte der Bundesstaaten (*state courts*). Wenn der Rechtsstreit aber keine bundesrechtliche Frage berührt, müssen die Parteien in verschiedenen Bundesstaaten ansässig sein und der Rechtsstreit einen Mindeststreitwert erreichen, damit die Zuständigkeit eines Bundesgerichts begründet ist.

9. Ausstieg und Beendigung

Ein Joint Venture ist naturgemäß ein Rechtsverhältnis von einiger Dauer. Aber was auch immer die ursprünglichen Absichten der Joint Venture-Partner zu Beginn gewesen sein mögen, es ist immer möglich, dass ein (oder beide) Partner das Joint Venture nicht länger fortführen möchten. Das kann viele Gründe haben und zum Beispiel daran liegen, dass das vom Joint Venture betriebene Geschäft wirtschaftlich erfolglos ist, dass die Partner sich in grundsätzlichen Fragen nicht einigen können, dass ein Partner die im Joint Venture gebundenen Mittel lieber anderweitig investieren möchte oder auch daran, dass sich ein Partner eine – wenn auch geringe – Wertsteigerung des Joint Ventures dauerhaft zu sichern wünscht. Es gibt zahlreiche Ausstiegsstrategien: Ein Joint Venture-Partner kann seine Beteiligung an einen oder mehrere Dritte oder an seinen Partner oder an das Joint Venture selbst veräußern. Alternativ kann er das vom Joint Venture betriebene Geschäft (gegebenenfalls nach einer Beendigung des Joint Ventures) verkaufen. Er kann auch schlicht die Auflösung und Liquidation mit Zerschlagung des Geschäfts herbeiführen, wobei dies in den meisten Fällen wirtschaftlich nachteilig sein dürfte. All diese Möglichkeiten gilt es bei der Gründung des Joint Ventures in Betracht zu ziehen.

Es ist möglich, den Ausstieg aus dem Joint Venture auszuschließen. Die Partner können ihre Beteiligung als grundsätzlich dauerhaft betrachten und zum Beispiel vereinbaren, dass ein Ausstieg einvernehmlich zu verhandeln und zu vereinbaren ist. Meist halten dies die Partner aber für unrealistisch. Sie werden gewillt sein, sich für eine bestimmte Zeitspanne festzulegen, damit festgestellt werden kann, ob das Joint Venture erfolgreich ist. Diese Zeitspanne entspricht in der Regel der des anfänglichen Geschäftsplans, der für die ersten drei bis fünf Jahre des Joint Ventures aufgestellt wird. Ausstiegsrechte bestehen dann erst nach Ablauf dieser Zeitspanne und manchmal auch nur dann, wenn das Joint Venture die Vorgaben des Geschäftsplans nicht erfüllt. In den meisten Fällen wünschen die Partner aber unabhängig vom Erreichen der Zielvorgaben zu diesem Zeitpunkt eine irgendwie geartete Ausstiegsmöglichkeit.

a. Übertragung der Beteiligung

Es liegt in der Natur der Sache, dass bei den meisten Joint Ventures die Beteiligung der einen Partei für die jeweils andere maßgeblich ist. Denn das gemeinsame Betreiben einer Unternehmung setzt in hohem Maß gegenseitiges Vertrauen voraus. Nur in wenigen Joint Ventures ist die Beteiligung eines Partners rein finanzieller Natur. In den meisten Fällen leisten die Partner einen Beitrag, der nicht ohne weiteres zu ersetzen und ohne den der Erfolg der Unternehmung gefährdet ist. Daher ist nur

die Übertragung der Beteiligung an ein verbundenes Unternehmen aus steuerlichen oder anderen Gründen allgemein unproblematisch und in den meisten Joint Ventures gestattet. Die Übertragung der Beteiligung auf einen Dritten oder die Übernahme des gesamten Geschäfts durch einen Partner wegen des Ausscheidens eines Partner, wegen eines Verkaufs der Beteiligung oder infolge der Ausübung eines Andienungs- oder Vorkaufsrechts stehen dagegen mit der eben beschriebenen Interessenslage bei einem Joint Venture grundsätzlich nicht im Einklang. Es sollte daher geklärt sein, ob einer der beteiligten Partner daran interessiert ist, das Joint Venture allein oder mit einem neuen, unbekannten Partner fortzusetzen, bevor in Erwägung gezogen wird, Ausstiegsmöglichkeiten durch Übertragung, Ausscheiden oder Beteiligungsübernahme zu vereinbaren.

In Joint Ventures, bei denen die Teilnahme von bestimmten Partnern wesentlich ist, möchten die Partner grundsätzlich nicht, dass die Beteiligungen frei übertragbar sind. Ein Übertragungsverbot hat in solchen Fällen allerdings kaum praktische Bedeutung, da interessierte Erwerber ohnehin schwer zu finden sind und die Beteiligungen daher nicht fungibel sind. Es ist deshalb sehr unwahrscheinlich, dass eine Übertragung der Beteiligung auf einen Dritten eine akzeptable und praktikable Ausstiegsmöglichkeit darstellt. Stattdessen ist es besser, das Joint Venture insgesamt zu beenden und dafür eine der unten beschriebenen Ausstiegsmöglichkeiten zu nutzen.

Wenn die Partner trotz allem eine Übertragung der Beteiligungen gestatten wollen, stellen sich zahlreiche rechtliche und wirtschaftliche Fragen. Um eine Joint Venture-Beteiligung zu übertragen, müssen sowohl der Joint Venture-Vertrag als auch die Beteiligung selbst übertragen werden. Verträge sind generell frei übertragbar, aber die Übertragbarkeit der Beteiligung kann von den Parteien grundsätzlich beliebig eingeschränkt werden. Zwar werden Beteiligungen an einer gemeinsamen Gesellschaft als Vermögensbesitz (*Property*) angesehen, auf den das Rechtsprinzip der freien Übertragbarkeit Anwendung findet. Aber nach dem Recht der meisten Bundesstaaten kann die Übertragung der Beteiligung an einer Partnership oder einer *Limited Liability Company* von der Zustimmung der übrigen Gesellschafter oder der *Manager* beziehungsweise dem *Board of Directors* abhängig gemacht werden. Bei *Corporations* ist es zwar grundsätzlich nicht möglich, die Übertragbarkeit der *Shares* einzuschränken, dies gilt aber nicht in gleicher Weise für *Corporations* mit einem beschränkten Gesellschafterkreis (so genannte *Close Corporations*). Die meisten Gesetze der Bundesstaaten sehen für *Close Corporations* vor, dass die Übertragung von *Shares* der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedarf.

Auch wenn rechtlich wirksam vereinbart werden kann, dass jede Übertragung der Zustimmung der Mitgesellschafter bedarf, entscheiden sich viele Partner dafür, nur ein Andienungs- oder ein Vorkaufsrecht zu vereinbaren. Auch wenn dies eine scheinbar flexiblere Regelung darstellt, verursachen derartige Klauseln später oft Probleme, je nachdem wie sie ausgestaltet sind. Im Falle eines Andienungsrechts muss der Partner, der beabsichtigt, seine Beteiligung zu übertragen, die Beteiligung zu zuvor festgelegten Bedingungen zunächst dem anderen Partner anbieten. Dieser kann frei entscheiden, ob er das Angebot annimmt. Lehnt er ab, darf der veräußerungswillige Partner die Beteiligung zu den gleichen Bedingungen einem Dritten übertragen. Während ein Andienungsrecht dem übertragungswilligen Partner ein wenig Bewegungsfreiheit verschafft, bringt es den anderen Partner in eine schwierige Position: Wenn er sich dafür entscheidet, das Angebot zu akzeptieren, verliert er die mit der Beteiligung eines anderen Partners verbundenen Vorteile. Lehnt er das Angebot ab, kann er plötzlich einen unerwünschten Mitgesellschafter bekommen. Auch wenn es möglich ist, den Kreis der potentiellen Erwerber zu begrenzen und zum Beispiel die Übertragung an einen Wettbewerber auszuschließen, ist die Andienung für den Partner oft nachteilig, auch wenn der übertragungswillige Partner natürlich noch einen Erwerber finden muss.

Das Vorkaufsrecht verpflichtet den übertragungswilligen Partner, dem anderen Partner seine Beteiligung zu den gleichen Konditionen anzubieten, zu denen ihm ein Dritter den Erwerb der Beteiligung angeboten hat. Ein solches Vorkaufsrecht führt in vielen Fällen zu einer praktischen Unübertragbarkeit der Beteiligung, weil ein potentieller Erwerber höchstwahrscheinlich nicht bereit ist, eine *Due Diligence* vor dem Erwerb einer Joint Venture-Beteiligung im gebotenen Ausmaß durchzuführen, wenn er nicht sicher sein kann, die Beteiligung auch zu erwerben.

Aus diesen Gründen raten amerikanische Rechtsanwälte ihren Mandanten in der Regel davon ab, ein Andienungs- oder ein Vorkaufsrecht in den Joint Venture-Vertrag aufzunehmen. Stattdessen werden regelmäßig angemessene Ausstiegsmechanismen im Rahmen von Kündigungsregelungen vereinbart. Diese sind im Folgenden beschrieben.

b. Andere Ausstiegsmechanismen

Es ist möglich, dass ein Joint Venture-Vertrag gar keine Ausstiegsmöglichkeit vorsieht. Die Partner können eine zeitlich unbefristete Beteiligung eingehen und jeden Ausstieg von der Verhandlung und dem Abschluss einer einvernehmlichen

Regelung abhängig machen. Meistens möchten die Partner jedoch ein irgendwie geartetes Ausstiegsrecht aufnehmen. Eine übliche Ausstiegsmöglichkeit besteht dann, wenn die Partner über wesentliche Geschäftsführungsfragen keine Einigung erzielen können und eine Pattsituation eintritt, die auch nach Ausschöpfung aller unverbindlichen Streitschlichtungsmechanismen fortbesteht. Nach dem Recht der meisten Bundesstaaten begründet eine Pattsituation, die es praktisch unmöglich macht, die gemeinsame Unternehmung fortzuführen, ohnehin ein Recht auf gerichtliche Auflösung des Joint Ventures. Infolge der Auflösung wird das Geschäft abgewickelt, die Gläubiger befriedigt und die Gesellschaft liquidiert. Der Liquidationsüberschuss wird unter den Partnern verteilt. Wenn die Unternehmung des Joint Ventures erfolglos ist, kann dies ebenfalls die Auflösung und Liquidation nach sich ziehen.

Die Joint Venture-Partner können daran interessiert sein, eine Ausstiegsoption auch dann zu haben, wenn keine Pattsituation eingetreten ist. Dies kann daran liegen, dass die Unternehmung des Joint Ventures gescheitert ist oder dass eine profitablere Geschäftsmöglichkeit als die Fortsetzung des Joint Ventures besteht. Die Voraussetzungen, unter denen ein Partner seine Beteiligung am Joint Venture oder sogar das Joint Venture selbst beenden kann und der Ausstiegsmechanismus sollten von vornherein festgelegt werden. Verschiedene Ausstiegsmöglichkeiten bieten sich an:

(1) Kündigung der Beteiligung

Bestimmten oder auch allen Joint Venture-Partnern kann das Recht eingeräumt werden, ihre Beteiligung am Joint Venture zu kündigen, also ihre Beteiligung – üblicherweise gegen Abfindung des Wertes durch das Joint Venture (oder durch den oder die anderen Partner) – aufzugeben. Der Wert der Beteiligung kann in diesem Fall durch eine zuvor festgelegte Formel, durch einen Sachverständigen oder im Rahmen eines Gerichtsverfahrens bestimmt werden. Wie auch immer die Bewertung ausfällt, ein Kündigungsrecht basiert stets auf der Annahme, dass das Joint Venture voraussichtlich genügend flüssige Mittel zur Verfügung hat, um den kündigenden Partner abzufinden. Die Partner eines *Cooperative Joint Ventures*, mit dem keine aufwendigen Investitionen verbunden waren, werden ihre Beteiligung unter vergleichsweise niedrigen Voraussetzungen kündigen können, da ihre Kündigung keine gravierenden Folgen für die anderen Partner hat. Wenn darüber hinaus wenig gemeinsames Vermögen und wenig gemeinsame Angestellte vorhanden sind, ist die Abwicklung des Joint Ventures vergleichsweise leicht. Bei

einem so genannten *Structural Joint Venture* stellt sich die Situation jedoch anders dar. Kündigt in einem solchen Fall ein Joint Venture-Partner seine Beteiligung, hat dies in der Regel erhebliche Auswirkungen auf die übrigen Partner und kann für alle Beteiligten recht kostspielig werden. Aus diesem Grund ist es bei einem *Structural Joint Venture* nicht üblich, den Partnern ein in ihrem Belieben stehendes Kündigungsrecht einzuräumen, sieht man einmal von möglichen Kündigungsrechten für Partner mit einer nur geringen Beteiligung ab.

(2) Beendigung/Verkauf

Wenn ein Partner gegenüber dem Joint Venture wesentliche Verbindlichkeiten eingeht, kann sich eine Leistungsstörung bei der Erfüllung dieser Verbindlichkeiten stark auf den Geschäftsbetrieb des Joint Ventures auswirken. Ist dies der Fall, kann es angemessen sein, dem Partner, der seine Pflichten nicht verletzt, Mittel an die Hand zu geben, um sich zur Wehr zu setzen. Dazu kann auch das Recht gehören, das Joint Venture zu beenden und – in Höhe des getätigten Investments und unbeschadet weiterer Schadensersatzansprüche – vorrangig am Liquidationserlös teilzuhaben.

Ein Joint Venture-Vertrag kann vorsehen, dass das Joint Venture im Falle des Erreichens bestimmter Ziele endet. Es können gestaffelte Zielvorgaben (*Milestones*) für das Joint Venture aufgestellt werden, bei deren Erfüllung die Partner das öffentliche Angebot von Joint Venture-Beteiligungen (*Public Offering*), in der Regel durch den Gang an die Börse, verlangen können (Hierzu wird üblicherweise das Joint Venture zunächst in eine *Corporation* umgewandelt). Das *Public Offering* führt meist auch zur Beendigung des Joint Venture-Vertrags und die Eigenkapitalbeteiligungen der Partner werden frei übertragbar. Die Regelungen, die das Management in der Führung des Joint Ventures beschränkt haben, treten normalerweise ebenfalls außer Kraft, da sie bei einem *Public Offering* hinderlich sind. Der Joint Venture-Vertrag, nicht aber das Joint Venture selbst, endet auch dann, wenn sich sämtliche Beteiligungen am Joint Venture in einer Hand vereinen.

Oftmals begründet auch eine wesentliche Änderung der Beteiligungsverhältnisse bei einem beteiligten Partner (*Change in Control*) ein Ausstiegs- oder Beendigungsrecht. Ist die Identität eines Partners für das Joint Venture entscheidend, kann es von wesentlicher Bedeutung sein, wenn dieser unter die Herrschaft eines anderen Unternehmens, insbesondere eines Wettbewerbers gerät. Auf der anderen Seite sollte eine entsprechende Klausel nicht in jeden Joint Venture-Vertrag aufgenommen

werden. Es kann Fälle geben, in denen sich zwar die Herrschaftsverhältnisse ändern, aber die unmittelbar mit dem Betreiben des Joint Ventures befassten Personen die gleichen bleiben und der Herrschaftswechsel auch im Übrigen keine Auswirkungen auf das Joint Venture hat.

Gibt es Gründe, das Joint Venture zu beenden, ist dieses aber gleichzeitig wirtschaftlich erfolgreich, so ist es in der Regel sinnvoller, das laufende Unternehmen zu veräußern anstatt es zu zerschlagen und die einzelnen Vermögensgegenstände zu verkaufen. In einer solchen Situation kann es angemessen sein, eine Investment Bank mit der Begutachtung der Verkaufschancen des Unternehmens zu beauftragen und – wenn ein Verkauf als Ganzes sinnvoll erscheint – diesen, sei es im Wege eines Auktionsverfahrens oder auf andere Art, durchzuführen. Auf diesem Weg wird in solchen Fällen für die beteiligten Partner wahrscheinlich der größtmögliche Gewinn erzielt. Bei einem solchen Vorgehen sind die Partner übrigens nicht daran gehindert, selbst als Bieter aufzutreten.

Eine Variante dieser Vorgehensweise besteht darin, einem Partner die Initiative zur Beendigung und zum Verkauf des Joint Ventures zu überlassen. Diese Variante ist insbesondere dann geeignet, wenn ein mehrheitlich beteiligter Partner seine Beteiligung übertragen möchte. Dem Partner, der das Unternehmen verkaufen möchte, ist dann gestattet, einen Verkauf – sei es durch einen Verkauf aller Vermögensgegenstände, durch eine Verschmelzung oder durch einen Anteilsverkauf (letztere ist meist der steuerlich günstigste Weg) – durchzuführen. Wenn der mehrheitlich beteiligte Partner seine Beteiligung verkaufen möchte, hat er typischerweise das Recht, von den übrigen Partnern zu verlangen, dass sie ihre Beteiligungen zu den gleichen Konditionen mitverkaufen (*Drag-Along*). Zum Schutz der Minderheit ist es ebenfalls üblich, den übrigen Partnern spiegelbildlich das Recht einzuräumen, vom mehrheitlich beteiligten Partner zu verlangen, ihre Beteiligungen in den Verkauf der Mehrheitsbeteiligung einzubeziehen (*Tag-Along*).

(3) <u>Versteigerung unter den Partnern</u>

Oft findet man in Joint Venture-Verträgen Regelungen über verschiedene Versteigerungsarten, gemäß derer ein Partner den anderen aus dem Joint Venture herauskaufen kann. Diese Regelungen kommen in der Praxis aber sehr selten zur Anwendung. Sie sind nur zu empfehlen, wenn die Partner in vergleichbarer Weise über finanzielle Mittel verfügen. Ansonsten ist ein Partner wesentlich und unfairer Weise im Vorteil. Darüber hinaus ist es oftmals der Fall, dass keiner der beteiligten

Partner daran interessiert ist, das Unternehmen ohne Beteiligung des anderen Partners fortzuführen. Dieser Gesichtspunkt wird häufig übersehen, wenn ein Auktionsverfahren als Ausstiegsmechanismus gewählt oder vereinbart wird, um Pattsituationen aufzulösen. In gleicher Weise wird dies zu wenig beachtet, wenn Andienungs- und Vorkaufsrechte vereinbart werden. Ist die Fortsetzung des Unternehmens durch einen Partner unwahrscheinlich, ist es fast immer sinnvoller, einen Verkauf des Joint Ventures an Dritte durchzuführen oder dessen Auflösung zu beschließen.

Kapitel 4
Unternehmenskäufe

Es ist nach wie vor beachtlich, mit welcher Leichtigkeit und vor allem wie häufig Unternehmen in den USA ge- und verkauft werden. Amerikaner sind dafür zu begeistern, neue Unternehmen zu gründen und aufzubauen und der amerikanischen Wirtschaft damit zu immer neuen Aufschwüngen zu verhelfen. Nach Gründung und Aufbau folgt meist eine zweite Phase, in der die ursprünglichen Investoren aus ihrem Engagement Profit ziehen wollen. Häufig werden Unternehmen dann an größere Gesellschaften verkauft. Der amerikanischen Wirtschaft verleiht dieser Zyklus von Gründung, Aufbau und Verkauf von Unternehmen eine Dynamik, die weltweit wohl immer noch ihres Gleichen sucht.

Doch nicht nur aufsteigende Newcomer, auch etablierte Unternehmen stellen attraktive Kaufobjekte dar, nicht zuletzt wegen der bereits erfolgten Überwindung typischer Probleme aus den Anfangsjahren. Auch wenn ein etabliertes Unternehmen teurer sein sollte als eine Start-Up Gesellschaft, erhält der Käufer als Gegenwert doch immerhin ein meist gut gehendes und profitables Geschäft, das bereits über das nötige Personal und die erforderliche Infrastruktur verfügt, um in den USA zu bestehen. Gerade hierin liegt für ausländische Unternehmen der Anreiz, den Schritt auf den amerikanischen Markt in Form einer Akquisition zu wagen. Ist die Geschäftsführung der Zielgesellschaft mit der amerikanischen Wirtschaft eingehend vertraut, ist auch das Risiko geringer, dass sich kulturelle Unterschiede auf den Erfolg des Unternehmens nachteilig auswirken könnten.

Wie sich aus dem bereits Dargestellten ergibt, ist der amerikanische Markt für Unternehmenaufkäufe und – verkäufe hoch entwickelt. Potenzielle Käufer können sich vor einem Kauf eingehend mit dem Zielunternehmen vertraut machen und auf diese Weise böse Überraschungen nach dem *Closing*, dem Abschluss der Transaktion, vermeiden. Weiterhin kommt dem Käufer zugute, dass in den USA gerade die Verteilung von Lasten und Risken eines Unternehmenskaufs zwischen Käufer und Verkäufer und die Haftungsbefreiung des Käufers von durch den Verkäufer nicht aufgedeckten Verbindlichkeiten des Zielunternehmens detailliert in einem umfassenden Vertragswerk festgehalten werden. Um die gegebenen Möglichkeiten in den USA voll auszuschöpfen, sollte ein ausländischer Investor schon in den Anfangsstadien einer Akquisition die Hilfe von Rechts- und Finanzberatern in

Anspruch nehmen, die seine Ziele, Bedenken und seinen kulturellen Hintergrund verstehen und die Besonderheiten des amerikanischen Marktes in verständlicher Weise nahe bringen können.

I. Rechtliche Rahmenbedingungen

A. Behördliche Zustimmungen

1. Allgemeines

Ausländische Investoren unterliegen beim Kauf eines amerikanischen Unternehmens in der Regel keinen besonderen Vorschriften, Beschränkungen oder Kontrollen. Ausländische Unternehmen haben ebenso wie ihre amerikanischen Wettbewerber Zugang zu Investitionshilfen des Bundes und der Einzelstaaten. Zahlreiche Staaten in den USA bieten ausländischen Herstellern unterschiedlichster Produkte – etwa deutschen Automobilherstellern – weit reichende Steuervorteile und andere finanzielle Anreize, um ihre Produktionsstandorte in eben jene Staaten zu verlegen. Unter bestimmten Umständen aber müssen sich ausländische Unternehmen an gewisse Sondervorschriften halten und gewisse Informationspflichten erfüllen, bevor der Kauf einer amerikanischen Zielgesellschaft abgewickelt werden kann.

2. Exon-Florio

Das *Exon-Florio Amendment* zur *Omnibus Trade Bill* von 1988 gewährt dem amerikanischen Präsidenten das Recht, Verschmelzungen amerikanischer Unternehmen mit ausländischen Gesellschaften sowie Unternehmenskäufe und Übernahmen von amerikanischen Gesellschaften durch ausländische Unternehmen zu überprüfen und gegebenenfalls zu revidieren. Das Recht gilt für alle Transaktionen, die dazu führen, dass eine amerikanische Rechtsperson zukünftig von ausländischer Hand kontrolliert wird. Selbst wenn nur Minderheitsanteile von ausländischen Investoren erworben werden, kann interveniert werden. Im einzelnen hat der amerikanische Präsident das Recht, Unternehmenskäufe durch ausländische Investoren auszusetzen, ganz aufzuheben oder – falls der Kauf bereits abgeschlossen wurde – das Kaufobjekt zu zerschlagen, wenn hinreichende Gründe dafür sprechen, dass der ausländische Investor Maßnahmen ergreifen könnte, die die nationale Sicherheit der USA gefährden. Der amerikanische Präsident hat seine *Exon-Florio* Kompetenzen an eine Behörde, das *Committee on Foreign Investment in the United States*, kurz CFIUS, delegiert, das an seiner Statt Transaktionen überprüft.

Inwieweit die nationale Sicherheit von einem Unternehmenskauf betroffen sein kann, wurde im *Exon Florio Amendment* nur vage umrissen. Den folgenden drei Faktoren kommt bei der Ermittlung dieser Voraussetzung entscheidende Bedeutung zu:

- die Anzahl, in der ein Produkt hergestellt werden muss, um zukünftig die Kontingente der nationalen Verteidigung aufzufüllen;
- die Fähigkeit von amerikanischen Unternehmen, den Bedürfnissen der nationalen Verteidigung nachzukommen, was unter anderem die Verfügbarkeit von genügend Personal, Produkten, Technologien sowie von Materialien einschließt, die zur Herstellung von gewissen Produkten erforderlich sind; und
- das Ausmaß, in dem die Kontrolle eines amerikanischen Unternehmens durch einen ausländischen Investor die Fähigkeit der USA beeinträchtigt, Erfordernissen der nationalen Sicherheit nachzukommen.

Diese zuletzt genannte Voraussetzung wird weit ausgelegt, so dass selbst Unternehmen, die keine Verbindung zur nationalen Verteidigung aufweisen, von CFIUS überprüft werden können.

Die *Exon-Florio* Vorschriften sehen strikte Fristen für das Überprüfungsverfahren vor. Eine Überprüfung wird in der Regel eingeleitet, wenn die an einer Transaktion beteiligten Parteien oder eine der zuständigen amerikanischen Bundesbehörden der *CFIUS* von der geplanten Transaktion Mitteilung macht. Die Mitteilung an die *CFIUS* muss detaillierte Informationen über die Transaktion enthalten. Unter anderem sind der *CFIUS* sämtliche Unterlagen der Transaktion zu übermitteln. Die *CFIUS* hat anschließend dreißig Tage Zeit, um zu entscheiden, ob die Transaktion überprüft werden soll. Hält die *CFIUS* eine Überprüfung für erforderlich, stehen ihr fünfundvierzig Tage zu deren Durchführung zur Verfügung. Innerhalb dieser fünfundvierzig Tage können zusätzliche Unterlagen angefordert oder die Parteien vor einen *CFIUS*-Ausschuss vorgeladen werden. Anschließend trifft die *CFIUS* ihre Entscheidung. Eine Überprüfung ist regelmäßig dann erforderlich, wenn ein staatlich kontrolliertes ausländisches Unternehmen die Mehrheitsanteile an einem US-amerikanischen Unternehmen zu erwerben sucht und die *CFIUS* zu der Einschätzung kommt, dass dies die nationale Sicherheit der USA beeinträchtigen könnte. Nachdem die *CFIUS* die Entscheidung getroffen hat, ob mit einer Transaktion fortgefahren werden kann, hat der amerikanische Präsident fünfzehn Tage Zeit, die Entscheidung zu prüfen und zu genehmigen. Sollte es die *CFIUS*

versäumen, innerhalb der gesetzlichen Fristen die Überprüfung einer Transaktion einzuleiten, kann mit der Transaktion ungestört weiterverfahren werden, ohne dass eine *CFIUS* Prüfung zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden könnte. Beachtet werden sollte hierbei allerdings, dass die Fristen erst ab Mitteilung an die *CFIUS* zu laufen beginnen. Wird die *CFIUS* von einer Transaktion nicht benachrichtigt, kann eine Überprüfung zu einem späteren Zeitpunkt nach wie vor durchgeführt werden. Aus diesem Grund ist es meist sinnvoll, größere Transaktionen der *CFIUS* bekannt zu geben, um das Risiko auszuschließen, zu einem späteren Zeitpunkt mit diesem Thema konfrontiert zu werden.

3. Devisenrechtliche Bestimmungen

Der Devisenhandel unterliegt in den USA nur wenigen Einschränkungen. Zur Tätigung von Investitionen ist in der Regel die Genehmigung weder des *Department of Treasury* noch anderer amerikanischer Finanzbehörden erforderlich. Einem von ausländischer Hand gehaltenen Unternehmen steht es also frei, Investitionen zu tätigen und Gewinne oder anderweitiges Kapital ins Ausland zu überweisen. Zinsen und Tantieme können ohne Beschränkungen an ein ausländisches Mutterunternehmen abgeführt werden. Nichtsdestotrotz überwacht die amerikanische Regierung den Devisenhandel mit dem Ausland, sofern erhebliche Summen betroffen sind. Obgleich die Überwachung solcher Transaktionen grundsätzlich nur der Datenermittlung dient, kann eine Weigerung, gewisse Informationen und Details zur Transaktion auf Aufforderung einer amerikanischen Behörde hin bekannt zu geben, zu erheblichen strafrechtlichen Konsequenzen gemäß dem amerikanischen Geldwäschereigesetz und anderen Bundesgesetzen führen.

4. Berichtswesen

Unter den Regelungen des *International Investment Survey Acts* aus dem Jahre 1976 müssen nicht-amerikanische Unternehmen gegenüber dem US Department of Commerce regelmäßige Investment-Berichte abgeben, falls sich 10% oder mehr der Gesellschaftsanteile eines beträchtlichen Unternehmens in ausländischer Hand befinden. Investieren ausländische Personen in Grundstücke, sind unter den Regelungen des *Foreign Investment in Real Property Tax Act* weitere Berichte erforderlich, insbesondere gegenüber den US-amerikanischen Steuerbehörden. Der Erwerb von 200 ha oder mehr landwirtschaftlich genutzter Fläche muss dem *US Department of Agriculture* angezeigt werden. Der Erwerb von Grundstücken kann darüber hinaus auf der Ebene der Bundesstaaten zu weiteren Berichten verpflichten. Ausländische

Käufer industrieller Anwesen in ländlicher Umgebung müssen sorgfältig prüfen, ob irgendein Teil des erworbenen Anwesens als landwirtschaftliches Anwesen eingestuft werden kann, wobei für den Erwerb von nicht-landwirtschaftlich genutzten Grundstücken keine spezielle Mitteilung erforderlich ist.

5. Industriebereiche mit besonderen Beschränkungen

An bestimmten Industriezweigen können Ausländer nur beschränkt oder unter dem Regime bundes- oder einzelstaatlicher Regelungen Eigentum erwerben. Zu diesen Industriezweigen gehören die Rüstungsindustrie, das Bankwesen, Versicherungswesen, das Transportwesen (Luft und Wasser), Fischerei sowie das Funkwesen (Radio und Fernsehen). In einigen Bundesstaaten zählen hierzu auch die Bahnindustrie und landwirtschaftlich genutzte sowie andere Grundstücke. Nicht-US-amerikanische Käufer von Unternehmen aus diesen Industriezweigen sollten so früh als möglich mit US-amerikanischen Rechtsanwälten in Kontakt treten, um mögliche Beschränkungen zu überprüfen.

Beim Bankwesen handelt es sich um ein Beispiel eines US-amerikanischen Industriezweigs, der sowohl auf der Ebene des Bundes als auch auf der Ebene der einzelnen Bundesstaaten reguliert ist. Eine nicht-US-amerikanische Bank darf eine Niederlassung entweder auf Bundesebene oder der Ebene des einzelnen Bundesstaates betreiben, solange die Bank einer Prüfung durch bundes- und/oder bundesstaatliche Bankaufsichtsbehörden unterliegt und weitere spezielle Voraussetzungen erfüllt. Neben der Eröffnung einer Niederlassung in den Vereinigten Staaten kann eine nicht-US-amerikanische Bank auch eine *Agency* (dabei handelt es sich um eine Gesellschaft, die Kreditgeschäfte tätigen kann, allerdings grundsätzlich keine Einzahlungen entgegennimmt) oder eine Repräsentanz eröffnen. Bei Zustimmung durch Bankaufsichtsbehörden des Bundes kann eine nicht-US-amerikanische Bank ferner eine bereits bestehende US-Bank erwerben. Falls es sich bei dieser Bank jedoch um eine auf Bundesstaatsebene registrierte Bank handelt, ist zusätzlich die Zustimmung der dortigen Bankaufsichtsbehörden erforderlich. Die meisten Bundesstaaten schränken die Beteiligungen an Banken durch Ausländer nicht ein. Die bundesstaatlichen Aufsichtsbehörden sind zunehmend bereit, Übernahmen seitens nicht-US-amerikanischer Personen zu genehmigen. Ein nicht-US-amerikanischer Erwerber muss zudem die Regelungen des *Bank Holding Company Acts* aus dem Jahre 1956 beachten, die sowohl Bankgeschäfte als auch Nicht-Bankgeschäfte des ausländischen Erwerbers sowie der erworbenen Bank bestimmten Beschränkungen unterwerfen. Der *Gramm-Leach-Bliley Act* aus dem

Jahre 1999 hat die nicht-bankbezogenen Tätigkeiten, die Banken – einschließlich nicht-US-amerikanische Banken – vornehmen dürfen (z.B. Versicherungen, Handelsbankgeschäfte oder andere Finanztätigkeiten) erheblich ausgeweitet; nichtsdestotrotz ist es Banken in den Vereinigten Staaten nach wie vor grundsätzlich verboten, allgemeinen gewerblichen Tätigkeiten nachzugehen. Die weltweite Struktur und langfristigen Pläne einer nicht-US-amerikanischen Bank sollten detailliert begutachtet werden, bevor die Bank mit eigenen Niederlassungen den Schritt in die USA wagt oder eine US-Bank erwirbt.

B. Anderweitige Regulierungen und rechtliche Erwägungen

Zusätzliche Rechtsfragen, die ein nicht-amerikanischer Käufer beim Erwerb eines US-amerikanischen Unternehmens berücksichtigen muss, sind z.B. kartellrechtliche Anmeldeerfordernisse, Wertpapiervorschriften und Fusionsbestimmungen sowohl auf Bundesebene als auch auf der Ebene der einzelnen Bundesstaaten.

1. Kartellrechtliche Vorschriften

US-amerikanisches Kartellrecht verbietet Unternehmenskäufe oder Fusionen, die den Wettbewerb beschränken oder ein Monopol begründen können. Diese Begrenzung wurde jedoch bislang äußerst selten genutzt, um Unternehmenskäufe eines ausländischen Käufers mit keiner oder geringer Tätigkeit in den Vereinigten Staaten zu verbieten.

Wenn ein Unternehmenserwerb in den Vereinigten Staaten ein bestimmtes Mindestvolumen erreicht (vereinfacht, ab einem Wert von USD 50 Millionen oder mehr) und die Parteien - bei Akquisitionen mit einem Wert von weniger als USD 200 Millionen - eine bestimmte Größe aufweisen, ist eine Hard-Scott-Rodino-Anmeldung beim US Department of Justice und der Federal Trade Commission, FTC, einzureichen. Eine solche Anmeldung umfasst Finanzdaten sowie eine Beschreibung der obersten Muttergesellschaft des Erwerbers und des Zielunternehmens, ihr Produktportfolio eingeschlossen, und schließlich eine Darstellung der Transaktion. Bei der obersten Muttergesellschaft handelt es sich um das Unternehmen, welches in der Reihe der Gesellschafter am oberen Ende der Kette steht, soweit es sich beim tatsächlichen Käufer um eine Tochtergesellschaft handelt. Ist die oberste Muttergesellschaft ein Unternehmen in Privatbesitz (wie z.B. im Fall vieler Familienbetriebe), kann die Familie selbst die oberste Muttergesellschaft sein.

Obwohl die Anmeldung beschwerlich und unnötig störend wirken kann, können Käufer den rechtlichen Bestimmungen häufig bereits durch Offenlegung einer begrenzten Menge von Geschäftsinformationen entsprechen.

Die Parteien müssen mit dem Vollzug des Erwerbs grundsätzlich 30 Tage ab Anmeldung warten. Allerdings kann die Verkürzung des Vollzugsverbots beantragt werden. Selbst wenn der Erwerb unter der auflösenden Bedingung eines behördlichen Verbots steht, ist es nicht zulässig, den Erwerb vor Ablauf der Frist zu vollziehen. Die geschäftliche und finanzielle Kontrolle über das Zielunternehmen muss bis zum Ablauf des Vollzugsverbots beim Verkäufer verbleiben. Der relevante Stichtag des Erwerbs kann jedoch rückwirkend auf ein Datum festgelegt werden, das vor dem Ablauf des Vollzugsverbots liegt, um dem Erwerber den Gewinn der Zielgesellschaft während des Vollzugsverbots zugänglich zu machen, sollte die Transaktion im nachhinein vollzogen werden.

Macht das *Department of Justice* oder die *FTC* von dem Recht Gebrauch, während des Vollzugsverbots weitere Informationen zu verlangen, verlängert sich das Vollzugsverbot so lange, bis die abgefragten Informationen bereitgestellt sind. Ein derartiger *Second Request* kann für das betroffene Unternehmen sehr beschwerlich und zeitaufwendig sein. Die Parteien eines Zusammenschlussvorhabens sind daher in der Regel geneigt, die Transaktion mit der Behörde zu besprechen und zusätzliche Informationen zur Verfügung zu stellen, um einen *Second Request* zu vermeiden. Insbesondere wenn es sich um einen zeitkritischen Zusammenschluss handelt, sollten die Parteien sicherstellen, dass die offen gelegten Informationen akkurat und vollständig sind.

Hard-Scott-Rodino Anmeldungen sind vertrauliche Vorgänge. Weder bestätigen noch dementieren die US-amerikanischen Behörden, dass eine Anmeldung eingereicht worden ist (es sei denn die Zusammenschlussbeteiligten haben eine Verkürzung des Vollzugsverbots beantragt). Anmeldungen gefährden daher einen Unternehmenserwerb grundsätzlich nicht und führen auch nicht zu unerwünschter Publizität in den Vereinigten Staaten oder dem Heimatland des Erwerbers.

2. Wertpapierrechtliche Vorschriften

Der Kauf und Verkauf von Wertpapieren einschließlich von Aktien einer *Corporation* und Anteilsrechten an anderen Unternehmensformen ist sowohl auf Bundesebene als auch auf bundesstaatlicher Ebene streng reguliert.

a. Ausgabe von Aktien

Eine nicht-US-amerikanische Gesellschaft kann in den USA Aktien oder andere Wertpapiere zur Finanzierung eines Unternehmenserwerbs, z.B. durch Austausch seiner Aktien gegen Aktien oder Vermögenswerte der Zielgesellschaft, ausgeben. Diese Aktien oder Wertpapiere müssen allerdings im Einklang mit einer Eintragungserklärung (*Registration Statement*) ausgegeben werden, die bei der SEC einzureichen ist, wenn nicht eine Befreiung von dieser Verpflichtung erlangt werden kann. Die am meisten genutzte Befreiung bei Unternehmenskäufen ist die *Private Offering Exemption*, bei der ein Aktienangebot auf eine begrenzte Anzahl bedeutender Investoren beschränkt wird. In jedem Fall, also auch bei nicht öffentlichen Übernahmeangeboten, ist der Käufer zur umfänglichen Offenlegung seiner Geschäftstätigkeit und finanziellen Situation gegenüber dem Verkäufer verpflichtet, wenn er an diesen Aktien ausgibt. Strenge Bestimmungen zur Bekämpfung von Betrug finden auf jegliche Begebung oder Veräußerung von Aktien oder anderen Wertpapieren Anwendung.

b. Öffentliche Übernahmeangebote

Sobald mehr als 5% einer bestimmten Anteilsgattung an einem börsennotierten Zielunternehmen erworben werden, muss dies gegenüber der *SEC* angezeigt werden. Diese Anzeige muss eine Darlegung des Erwerbszwecks beinhalten. Öffentliche Übernahmeangebote unterliegen der Regulierung durch Bundeswertpapierrecht einschließlich der Bestimmungen gegen Betrug.

In einigen Bundesstaaten existieren Vorschriften, die feindliche Übernahmeangebote gegenüber einheimischen Unternehmen erschweren. Zudem haben Unternehmen in ihren Satzungen Beschränkungen in Bezug auf öffentliche Übernahmeangebote vorgesehen und Verteidigungsmittel eingerichtet.

3. Fusionen

Häufig ist es einfacher, mit einer börsennotierten *Corporation* zu fusionieren als ein Übernahmeangebot für deren Aktien auszusprechen, auch wenn - wie unten weiter ausgeführt werden wird - Fusionen zeitaufwendiger sind. Bei einer Fusion handelt es sich um den Zusammenschluss zweier oder mehr Gesellschaften. Dabei wird ein nicht-US-amerikanischer Käufer regelmäßig nicht direkt mit dem Zielunternehmen fusionieren, sondern dafür üblicherweise eine US-amerikanische Tochtergesellschaft als Fusionspartner gründen. Die Fusion mit einer börsennotierten Gesellschaft

erfordert die Zustimmung der Aktionäre der Zielgesellschaft aufgrund eines entsprechenden Beschlusses in der Gesellschafterversammlung. Diese wird durch ein *Proxy Statement* vorbereitet, das bestimmte Informationen zur finanziellen Situation des Fusionspartners und häufig auch zu seiner nicht-US-amerikanischen Muttergesellschaft beinhaltet.

II. Strukturierung eines Unternehmenskaufs

Im Rahmen der Strukturierung eines Unternehmenserwerbs gilt es, etliche Aspekte zu berücksichtigen. Viele dieser Aspekte finden in inländischen Transaktionen Berücksichtigung, sind in grenzüberschreitenden Transaktionen jedoch üblicherweise etwas komplizierter.

A. Aktien oder Geld

Die Verwendung von Geldmitteln für den Erwerb von Aktien oder Assets der Zielgesellschaft oder für die Realisierung einer Fusion bringt keine rechtlichen Schwierigkeiten mit sich. Diese Finanzierungsform wird normalerweise von nicht-US-amerikanischen Käufern bevorzugt. Der Einsatz von Aktien oder anderen Wertpapieren zum Erwerb der Aktien oder Vermögenswerte der Zielgesellschaft kann allerdings (insbesondere für die Verkäufer) steuerliche Vorteile mit sich bringen.

Die Verwendung von Aktien als Akquisitionswährung unterliegt den Vorschriften des Wertpapierrechts. Wie vorstehend ausgeführt, dürfen Aktien oder andere Wertpapiere grundsätzlich nur im Einklang mit einer Eintragungserklärung *(registration statement)* ausgegeben werden. Die Aktionäre der Zielgesellschaft werden darüber hinaus nur dann daran interessiert sein, die Aktien anzunehmen, falls es für diese einen ausreichend großen Markt gibt. Solange nicht-US-amerikanische Käufer ihre Aktien oder sonstigen Wertpapiere wie z.B. *US Depository Receipts* oder *ADRs* nicht an einer US-amerikanischen Börse oder dem NASDAQ gelistet haben, stellt dies eine schwerwiegende Einschränkung der Möglichkeit dar, Aktien eines nicht-US-amerikanischen Käufers einzusetzen, es sei denn, der Verkäufer ist gewillt, an ausländischen Börsen gehandelte Wertpapiere zu akzeptieren.

B. Erwerbsgesellschaft

Ein nicht-US-amerikanischer Käufer kann Aktien oder Vermögenswerte direkt erwerben. Wie vorstehend bereits angemerkt, setzen nicht-US-amerikanische Käufer zum Erwerb von Vermögenswerten und häufig auch Aktien regelmäßig eine US-amerikanische Erwerbsgesellschaft in Form einer *Partnership* oder *Corporation* ein.

1. Partnership

Eine US-*Partnership* existiert als Personengesellschaft mit unbeschränkter Haftung sämtlicher Gesellschafter (*General Partnership*) oder in Form einer Personengesellschaft mit beschränkt haftenden Gesellschaftern (*Limited Partnership*). In beiden Formen der *Partnership* können *Corporations* Gesellschafter sein. Da eine derartige Struktur Steuervorteile für sowohl US- als auch nicht-US-amerikanische Teilnehmer bietet, wird eine *Partnership* häufig dann eingesetzt, wenn das Zielunternehmen als Joint Venture geführt werden soll. Eine *Partnership* kann auch dann eingesetzt werden, wenn das Zielunternehmen hauptsächlich Grundstücke oder natürliche Ressourcen als Vermögenswerte aufweist. Eine Investition über eine *Partnership* kann ferner für Investoren bestimmter Länder Vorteile aufweisen, wie z.B. für Investoren aus Deutschland, wo Gewinne aus US-*Partnerships* unter Umständen keiner Besteuerung außerhalb der Vereinigten Staaten unterliegen. Weitere Informationen zu *Limited Partnerships* können Sie in Kapitel 2, US-amerikanische Gesellschaften finden.

2. Limited Liability Companies

Limited Liability Companies (LLC), die in den Vereinigten Staaten erst in den letzten zehn Jahren Einsatz gefunden haben, werden heutzutage regelmäßig anstelle von *Partnerships* genutzt. Eine *LLC* bietet die Formlosigkeit einer *Partnership* und (wie der Name nahe legt) eine Beschränkung der Haftung sämtlicher Gesellschafter auf ihr Investment in der Gesellschaft. Eine *LLC* kann derart strukturiert werden, dass sie in den Vereinigten Staaten wie eine *Partnership* besteuert wird, was für nicht-US-amerikanische Käufer äußerst vorteilhaft sein kann. Eine *LLC* ist auch für die Fälle äußert attraktiv, in denen es um Joint Ventures oder ähnliche Sachverhalte mit mehreren unabhängigen Gesellschaftern des Zielunternehmens geht. Weitere Informationen zu *LLCs* können Sie in Kapitel 2, US-amerikanische Gesellschaften finden.

3. Corporation

Die *Corporation* ist das üblicherweise von nicht-US-amerikanischen Käufern eingesetzte Akquisitionsvehikel. In den Vereinigten Staaten ist die *Corporation* die einzige Form einer Gesellschaft auf Aktien. Sie kann sehr zügig gegründet werden, da ihre Gründung weder eine vorausgehende Zustimmung einer Behörde, noch eine langfristige Durchsicht oder Bearbeitung von Dokumenten oder eine externe Bewertung der Einlagen erfordert. Mit Ausnahme der vorstehend dargestellten Industriezweige gibt es für nicht-US-amerikanische Akteure keine Begrenzungen beim Erwerb einer Gesellschafterstellung in einer US-amerikanischen *Corporation*. Weitere Informationen zu US-amerikanischen *Corporations* finden sich in Kapitel 2, US-amerikanische Gesellschaften.

4. Holding-Gesellschaften

Wird eine *Corporation* oder eine *LLC* zum Erwerb von Aktien eingesetzt, kann dadurch eine Holding-Gesellschaftsstruktur eingerichtet werden. Eine US-amerikanische Holding-Gesellschaft kann eingesetzt werden, falls es um den Erwerb von Vermögensgegenständen geht oder falls der Erwerb mittels einer Fusion bewirkt werden soll. Eine derartige Struktur ist in den Vereinigten Staaten erlaubt und relativ einfach, da eine US-amerikanische *Corporation* und die meisten *LLCs* als Ein-Personen-Gesellschaften möglich sind. Die US-amerikanischen Gesellschaften der Unternehmensgruppe können eine konsolidierte Einkommenssteuererklärung abgeben. Insbesondere dann, wenn ein nicht-US-amerikanischer Käufer weitere US-Akquisitionen plant, kann die Holding-Gesellschaftsstruktur größere Flexibilität bei zukünftigen Steuer- und Geschäftsplanungen ermöglichen.

C. Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen

Beim Erwerb von Aktien oder Gesellschaftsanteilen handelt es sich um die einfachste Form eines Unternehmenskaufs, insbesondere falls die Zielgesellschaft nur wenige Gesellschafter aufweist und alle bereit sind, ihre Anteile zu veräußern. Wie bei jedem anderen Verkauf von Wertpapieren unterliegt der Verkäufer den US-amerikanischen wertpapierrechtlichen Vorschriften gegen Betrug, wobei es üblich ist, in Anteilskaufsverträgen (*Share Acquisition Agreement* oder *Share Deal*) und Vermögenserwerbsverträgen (*Asset Acquisition Agreements* oder *Asset Deal*) dieselben Offenlegungsbestimmungen vorzusehen.

1. Vorteile

Da im Fall eines *Share Deals* alle Vermögenswerte bei der Zielgesellschaft verbleiben, bedarf es nur weniger Übereignungsurkunden. Selbst wenn ein öffentliches Übernahmeangebot erforderlich ist - siehe dazu noch unten - kann der Erwerb daher relativ zügig abgewickelt werden. Des Weiteren können Besteuerungen begrenzt oder vermieden werden. *Transfer Taxes*, die auf die Übertragung von Anteilscheinen Anwendung finden können, sind allerdings in den meisten Staaten (Florida ist eine Ausnahme bei Grundstücken) relativ gering. Insoweit spielt der Aspekt der Besteuerung in den Vereinigten Staaten eine geringere Rolle als in anderen Ländern. Die Zielgesellschaft behält ihre Vermögenswerte einschließlich öffentlichrechtliche Erlaubnisse, Lizenzzulassungen und Franchiserechte. In Asset-Transaktionen kann es aufgrund des Erfordernisses einer behördlichen Zustimmung Schwierigkeiten bereiten, diese Vermögenswerte zu übertragen. Im Rahmen eines Share-Deals werden wichtige Miet- und andere Verträge grundsätzlich vom Erwerb nicht berührt. Um sicherzustellen, dass die Veränderung der Kontrollsituation über die Zielgesellschaft keine Beendigung von Genehmigungen oder Verträgen zur Folge hat, sind diese Punkte jedoch genauer zu überprüfen.

2. Nachteile

Wird der Geschäftsbetrieb des Zielunternehmens fortgeführt, behält das Zielunternehmen im Rahmen eines Anteilserwerbs sowohl die vorteilhaften als auch nachteiligen Elemente seines Besteuerungsprofils. Allerdings bestehen hinsichtlich einiger Aspekte, wie z.B. bei der weiteren Geltendmachung von Nettobetriebsverlusten, Einschränkungen. Die Zahlung eines höheren Kaufpreises für das Unternehmen kann nicht für die Besteuerungsgrundlage der Vermögenswerte der Zielgesellschaft nach dem Erwerb berücksichtigt werden, es sei denn der Verkäufer ermöglicht dies aufgrund bestimmter Entscheidungen. Da derartige Entscheidungen üblicherweise für den Verkäufer mit Nachteilen verbunden sind, sind sie jedenfalls dann selten, wenn es sich beim Verkäufer um einen US-amerikanischen Steuerzahler handelt. Die Zielgesellschaft behält alle steuerlichen und sonstigen Verbindlichkeiten unabhängig davon, ob diese offen gelegt wurden oder nicht, wobei der Verkäufer in US-Transaktionen den Käufer üblicherweise von jeglichen nicht-offen gelegten Verbindlichkeiten der Zielgesellschaft freistellt wie unten im Abschnitt zum Kaufvertrag genauer dargelegt werden wird. Auch dann, wenn der Erwerber die Zielgesellschaft nicht komplett übernehmen möchte, kann ein Anteilskauf Schwierigkeiten bereiten. In einigen Fällen kann die Zielgesellschaft sich zwar von

den unerwünschten Geschäftsbereichen oder Vermögenswerten vor dem Deal befreien. Die rechtlichen und steuerlichen Aspekte einer derartigen Entflechtung (oder Unternehmensaufteilung) sind in den Vereinigten Staaten jedoch kompliziert.

D. Erwerb einzelner Wirtschaftsgüter

1. Vorteile

Beim Erwerb einzelner Wirtschaftsgüter (*Asset Deal*) ist es möglich, die Besteuerungsgrundlage des Käufers hinsichtlich der Wirtschaftsgüter zu verbreitern und den tatsächlichen Kaufpreis dadurch wiederzuspiegeln. Des Weiteren müssen nicht alle Wirtschaftsgüter des Zielunternehmens erworben werden. Falls ein Erwerbsinteresse nur hinsichtlich eines bestimmten Geschäftszweigs oder einer bestimmten Unternehmensabteilung besteht, handelt es sich beim *Asset Deal* um den einfachsten Weg, die Transaktion zu bewerkstelligen.

Ein weiterer Vorteil des Erwerbs einzelner Wirtschaftsgüter liegt darin, dass nicht sämtliche Verbindlichkeiten übernommen werden müssen. Der Übergang bestimmter Verbindlichkeiten auf den Erwerber lässt sich jedoch nicht vermeiden. So lasten auf den erworbenen Wirtschaftsgütern z. B. öffentlichrechtliche Verbindlichkeiten wie bundesstaatliche Grundsteuern. Auch umweltrechtliche Verbindlichkeiten können auf den Erwerber der Wirtschaftsgüter übergehen. Unter bestimmten Vorraussetzungen gilt dies auch für erhebliche Pensionszahlungsverpflichtungen. Einige Bundesstaaten erlegen dem Erwerber Produkthaftungsverbindlichkeiten selbst hinsichtlich der vor dem Unternehmenskauf veräußerten Produkte auf. Üblicherweise wird der Verkäufer in den Vereinigten Staaten den Erwerber im Kaufvertrag von derartigen Verpflichtungen freistellen, was dem Käufer genügen mag, wenn es sich beim Veräußerer um ein finanziell gesundes Unternehmen handelt.

In einigen Bundesstaaten bleiben die verkauften *Assets* für eine bestimmte Zeit nach Vollzug der Transaktion der Vollstreckung durch Gläubiger des Verkäufers zugänglich, wenn nicht bestimmte Verfahren, die u. a. Mitteilungen an alle Gläubiger des Verkäufers beinhalten, eingehalten wurden. Diese Verfahren sind recht aufwendig und werden bei großen Verkäufern grundsätzlich nicht durchgeführt, so dass der Käufer in derartigen Fällen auf die Freistellung von Ansprüchen der Gläubiger des Verkäufers angewiesen ist. Einige Bundesstaaten haben zudem derartige Verfahren abgeschafft. Schließlich muss im Fall eines insolventen Verkäufers besondere Vorsorge getroffen werden, dass die Veräußerung der *Assets* nicht als missbräuchliche Übertragung (*fraudulent conveyance*) eingestuft wird. Das ist der Fall, wenn die

Wirtschaftsgüter für eine unangemessen niedrige Gegenleistung übertragen werden, solange der Verkäufer insolvent ist oder dadurch insolvent wird. *Fraudulent Conveyance* kann von den Gläubigern des Verkäufers geltend gemacht werden.

2. Nachteile

Vorteilhafte Steuerprofile des Zielunternehmens gehen üblicherweise im Namen eines *Asset Deals* verloren. Da sämtliche Wirtschaftsgüter übertragen werden müssen, ist ein *Asset Deal* in der Regel zudem komplexer als ein Erwerb von Gesellschaftsanteilen. Zustimmungen zur Übertragung bestimmter hochwertiger Wirtschaftsgüter, wie z. B. Lizenzen, Erlaubnisse oder Verträge sind manchmal nicht oder nur zu einem hohen Preis erhältlich. Die Tatsache, dass es sich beim Erwerber letztendlich um ein nicht US-amerikanisches Unternehmen handelt, spielt dabei allerdings in der Regel keine Rolle.

E. Fusionen

In sämtlichen Bundesstaaten der Vereinigten Staaten sind Fusionen zwischen *Corporations* möglich, in den meisten Staaten gilt dies auch für Fusionen von *LLCs* und anderen Gesellschaften (einschließlich Fusionen zwischen unterschiedlichen Gesellschaftsformen). Im Rahmen einer Fusion werden zwei Gesellschaften kraft Gesetzes zusammengeschlossen, indem allein durch Einreichung einer Fusionsurkunde (*certificate of merger*) sämtliche Vermögenswerte und Verbindlichkeiten auf die „überlebende" Gesellschaft (oder eine neue Gesellschaft) übertragen werden. Üblicherweise geht eine Gesellschaft im Rahmen der Fusion unter und die andere Gesellschaft führt als Rechtsnachfolger beide Geschäftsbereiche weiter. Um wirksam zu sein, bedarf eine Fusion der Zustimmung des Vorstands und der Gesellschafter (in einer *Corporation*) bzw. der Mitglieder (in einer *LLC*) sowie einer Anmeldung auf Bundesstaatsebene. Im Rahmen einer Fusion kann jede Art von Akquisitionswährung eingesetzt werden. Die (untergehenden) Gesellschaftsanteile im Zielunternehmen können daher gegen Bargeld oder gegen Gesellschaftsanteile im erwerbenden Unternehmen oder einem anderen Unternehmen abgelöst werden. „Überlebt" das Zielunternehmen die Fusion (und geht die Erwerbsgesellschaft unter), spricht man von einem *reverse merger*. Auch in einem derartigen Fall ist es möglich, die Gesellschafter des Zielunternehmens aus der Gesellschaft zu entfernen, etwa durch Abfindung mit Bargeld oder durch automatische Umwandlung ihrer Gesellschaftsanteile in Gesellschaftsanteile im Erwerbsunternehmen oder einem anderen Unternehmen.

1. Vorteile

Der grundsätzliche Vorteil einer Fusion besteht darin, dass die Übertragung der Wirtschaftsgüter und der Austausch der Gesellschaftsanteile des Zielunternehmens automatisch vonstatten gehen. Die Gesellschafter des Zielunternehmens haben keine Möglichkeit, ihre Anteile zu behalten (auch wenn Gesellschafter, die die Fusion ablehnen, ein Recht darauf haben, ihre Anteile bewerten zu lassen und den ermittelten Wert als Gegenleistung für ihre untergehenden Anteile zu verlangen). Separate Übertragungsurkunden sind nicht erforderlich. Des Weiteren fallen bei einer Fusion üblicherweise auch keine Steuern anlässlich der Übertragung an.

Auch wertvolle Zulassungen, Verträge oder andere Rechtspositionen lassen sich im Rahmen einer Fusion leichter als im Rahmen eines *Asset Deals* übertragen, wobei die Vermögenswerte außer im Fall eines *Reverse Mergers* nicht in derselben Gesellschaft verbleiben.

2. Nachteile

Die Fusion einer börsennotierten *Corporation* kann sehr zeitaufwendig sein, da eine Gesellschafterversammlung nötig ist und die US-amerikanischen *Proxy Rules* eingehalten werden müssen. Falls es sich bei dem börsennotierten Zielunternehmen um ein auch für andere Bieter attraktives Objekt handelt, kann die Verzögerung beim Vollzug der Fusion diesen Bietern ermöglichen, durch eine Erhöhung des Preises für die Aktien des Zielunternehmens mit dem ursprünglichen Bieter zu konkurrieren und möglicherweise den Erwerb gar zu vereiteln. Obwohl in den letzten Jahren umkämpfte Unternehmenskäufe in Europa zugenommen haben, sind nicht-US-amerikanische Mandanten häufig nach wie vor zurückhaltend, wenn es um einen Bieterwettstreit gegen andere Unternehmen geht. In diesen Fällen bietet sich ein freundliches Übernahmeangebot für eine – in Bezug auf die Zustimmung zur Fusion - ausreichende Zahl an Gesellschaftsanteilen an. Ein derartiges Vorgehen kann zügig abgewickelt werden. Falls das Angebot erfolgreich ist, spielt die weitere zeitliche Koordinierung keine besonders große Rolle mehr. Die verbleibenden Gesellschafter des Zielunternehmens können durch eine „*Cash-Out*"-Fusion des Zielunternehmens mit einem Erwerbsvehikel aus ihrer Gesellschafterstellung verdrängt werden.

F. Finanzierung des Unternehmenskaufs

Es wird zunehmend üblich, den Erwerb eines Unternehmens mit den Vermögenswerten oder zukünftig erwarteten Gewinnen des Zielunternehmens zu finanzieren. Bei einer derartigen Finanzierung spricht man von einem *Leveraged Buyout*. Die *Assets* des Zielunternehmens können dabei an eine Bank oder andere Finanzinstitutionen verpfändet werden. Vorstellbar ist auch, dass der Käufer ein nachgeordnetes Kreditprodukt mit hohen Zinsen begibt, das normalerweise als *Junk Bond* (hochverzinsliche und hochspekulative Schuldverschreibung) bezeichnet wird. Derartige Schuldverschreibungen sind Wertpapiere, die – vorbehaltlich etwaiger Befreiungsregelungen - bei der SEC eingetragen werden müssen. Im Gegensatz zu vielen europäischen Gesellschaftsrechtssystemen ist die Nutzung der Vermögenswerte des Zielunternehmens zur Finanzierung des Unternehmenserwerbs in den Vereinigten Staaten weder rechtswidrig noch verrufen. Nichtsdestotrotz nutzen nicht-US-amerikanische Käufer US-amerikanische Schuldverschreibungen selten beim Erwerb eines Unternehmens, was auch auf die Zinsraten in den Vereinigten Staaten zurückzuführen ist.

Käufer nicht-US-amerikanischer Herkunft setzen üblicherweise Gesellschafterdarlehen zur Finanzierung des Unternehmenserwerbs ein, insbesondere wenn sie Geldmittel in ihren eigenen Ländern in Anspruch nehmen. Dabei handelt es sich um eine andere Form eines *Leveraged Buyout*, da im Endeffekt das Zielunternehmen die Darlehensforderungen zurückzahlt. Da die ausgeschütteten Dividenden nicht von den Steuern abgezogen werden können, die das US-amerikanische Zielunternehmen zu entrichten hat, ist es grundsätzlich vorteilhaft, die Ausschüttungen an nicht-US-amerikanische Gesellschafter als Kreditzinsen auszugestalten. Die zugrunde liegenden Kredite müssen jedoch einen US-Markt-orientierten Zins aufweisen, als Darlehen behandelt werden und im Verhältnis zum Eigenkapital der Gesellschaft keinen zu großen Anteil ausmachen. Zahlungen von Zinsen (und Dividenden) an nicht-US-amerikanischen Personen können nach US-amerikanischem Recht der Steuer unterfallen.

III. Prüfung der Zielgesellschaft

In den Vereinigten Staaten geht man grundsätzlich davon aus, dass der Erwerber eines Unternehmens ein Recht auf vollständige Informationen in Bezug auf das Zielunternehmen, seine Geschäftstätigkeiten, finanzielle Situation und zukünftigen Chancen hat. Diese Informationen werden üblicherweise über zwei Wege erworben.

Zum einen übermittelt der mögliche Käufer zu Beginn der Transaktionsgespräche, häufig noch vor Unterzeichnung einer Absichtserklärung an den Verkäufer (*letter of intent*), eine umfassende Liste mit Informations- und Dokumentenanfragen. Dieses Verfahren bezeichnet man herkömmlicher Weise als „*Due Diligence*". US-amerikanische Rechtsanwaltskanzleien verfügen häufig über eine Standardliste von *Due Diligence*-Anfragen. Diese werden üblicherweise durch spezifische, auf das Zielunternehmen gemünzte Anfragen ergänzt.

Die Informationsanfrage bezieht sich auf sämtliche Aspekte des Zielunternehmens, einschließlich seiner rechtlichen Organisation und finanziellen Situation, der wesentlichen Verträge, dem Umweltzustand, den Arbeitnehmern, der Einhaltung der Regelungen über Versorgungsleistungen usw. Die Antworten werden üblicherweise nicht nur durch den Erwerber und dessen Rechtsanwälte, sondern auch seitens anderer Berater, insbesondere Investmentbänker und Wirtschaftsprüfer, begutachtet. Diese Berater können die *Due Diligence*-Anfrage ferner auch in für sie besonders wichtigen Punkten ergänzen.

Zum zweiten wird die im Rahmen des *Due Diligence*-Verfahrens offen gelegte Information durch Gewährleistungen und Garantien im Kaufvertrag selbst ergänzt und bestätigt. Gewährleistungen und Garantien beinhalten Tatsachenerklärungen über das Zielunternehmen. Sämtliche Ausnahmen zu diesen Erklärungen müssen in separaten Anlagen zum Kaufvertrag offen gelegt werden. Bestimmte Zusicherungen und Garantien verlangen jedoch bestätigende Auskünfte. Die im Rahmen des *Due Diligence*-Verfahrens zur Verfügung gestellte Information wird somit zu einer vertraglichen Garantie und Verpflichtung seitens des Verkäufers, für die Schadensersatz zu leisten ist, wenn sie in irgendeiner Weise nicht zutrifft.

IV. Urkunden

A. Letter of Intent

Die Absichtserklärung (*Letter of Intent*) enthält die wesentlichen Punkte, hinsichtlich derer sich die Parteien vorläufig geeinigt haben. Sie dient der Identifikation der für die Parteien wichtigen Fragen. Die Nachteile des *Letter of Intent* liegen darin, dass er die Vorbereitung und Unterzeichnung des endgültigen Vertrages verzögert und im Fall von börsennotierten Gesellschaften vorzeitig eine Verpflichtung zur Veröffentlichung der beabsichtigten Transaktion auslöst.

Mit Ausnahme der Regelungen zur Vertraulichkeit, Exklusivität oder Ähnlichem, ist ein *Letter of Intent* für die Parteien regelmäßig nicht rechtlich verbindlich. US-amerikanische Unternehmen sind jedoch äußerst zurückhaltend, bei Nicht-Vorliegen einer wesentlichen Veränderung des Zielunternehmen oder der für die Transaktion wesentlichen Umstände Änderungen der Bedingungen des *Letter of Intent* zuzulassen. Der *Letter of Intent* kann eine Haftung auch insoweit begründen, als eine der Parteien sich nicht daran hält, den abschließenden Kaufvertrag unter dem Gebot von Treu und Glauben (*good faith*) auszuhandeln. Schließlich kann der *Letter of Intent* entscheidende Fragen wie etwa die Haftungsbeschränkung des Verkäufers regeln. Insoweit ist eine eingehende Prüfung der Bestimmungen des *Letter of Intent* stets angezeigt. Insgesamt ist es sehr wichtig, dass alle Fragen von Bedeutung für den nicht-US-amerikanischen Käufer, insbesondere die wesentlichen Bedingungen und Struktur der Transaktion, vor Unterzeichnung des *Letter of Intent* zusammen mit dem Rechtsbeistand geprüft und besprochen werden.

B. Kaufvertrag

Die Parteien und ihre Rechtsanwälte müssen - mit oder ohne *Letter of Intent* – einen verbindlichen Kaufvertrag ausarbeiten und verhandeln. Dieser sollte sämtliche Rechte und Verpflichtungen der Parteien vor und nach dem *Closing*, also dem Abschluss der Transaktion, regeln. Ein US-amerikanischer Käufer kann insoweit eine voll umfängliche Erklärung hinsichtlich sämtlicher Aspekte des Kaufvertrages erwarten, da dieser das wesentliche Element der Transaktion ist. Nicht-US-amerikanische Käufer sollten keine Angst davor haben, scheinbar naive Fragen zu stellen. Nichts sollte als gegeben vorausgesetzt werden. Nicht-US-amerikanische Käufer machen häufig auf der Grundlage der Geschäfts- und Rechtspraxis in ihren Heimatländern unzutreffende Annahmen. Gute Rechtsanwälte zeichnen sich insoweit dadurch aus, dass sie immer versuchen, sämtliche Elemente des Kaufvertrages und seiner Nebenvereinbarungen unter Berücksichtigung der eigenen Erfahrung des Käufers zu erklären. Schreiben sollten bei Meidung unnötiger Juristensprache so gefasst sein, dass der Mandant sie ohne Probleme verstehen kann.

In den Vereinigten Staaten sind Kaufverträge üblicherweise recht lang. Die wesentlichen Elemente eines US-amerikanischen Kaufvertrages werden im Folgenden dargestellt.

1. Kaufgegenstand

Der Kaufvertrag hat den Kaufgegenstand, also entweder die einzelnen Wirtschaftsgüter (*Assets*), die Gesellschaftsanteile oder auch eine Kombination von beiden, zu bezeichnen. Sämtliche Vermögenswerte oder Geschäftsbereiche, die nicht Gegenstand des Kaufvertrages sein sollen, sind ebenfalls festzulegen. Soll eine Fusion stattfinden, ist dies darzustellen.

2. Preis

Der für das US-Unternehmen zu zahlende Preis kann ein Festpreis, ein anpassbarer Preis oder ein ungewisser Preis sein. Im Rahmen von *Share Deals* oder Fusionen kann ein Barpreis festgelegt werden, wobei der Verkäufer den Nettowert des Zielunternehmens oder einen anderen Bilanzposten als Minimum zusichert. Eine Erhöhung oder Verringerung des Kaufpreises bei Über- oder Unterschreitung des jeweiligen Mindestwerts bleibt vorbehalten. Der Nettowert bzw. der andere Kaufpreis bestimmende Parameter würde dann durch eine Rechnungsprüfung nach dem *Closing* endgültig festgelegt werden. Derartige Prüfungen, die häufig durch eine unabhängige Wirtschaftsprüfungsgesellschaft erfolgen, sind in den USA üblich und werden daher nur in seltenen Fällen seitens eines US-amerikanischen Verkäufers abgelehnt. Eine derartige Rechnungsprüfung gewährt dem nicht-US-amerikanischen Käufer eine erhebliche Sicherheit, auch wenn sie die eigene *Due Diligence* Prüfung wie unten weiter ausgeführt, vor *Closing* nur ergänzen sollte.

Im Rahmen von *Asset Deals* wird das Barvermögen des Veräußerers als Kaufgegenstand grundsätzlich ausgeschlossen. Das für Anlagevermögen, Betriebsgebäude und Betriebsmittel sowie nichtbilanzierte immaterielle Vermögenswerte wie Immaterialgüterrechte oder ideelle Firmenwerte zu zahlende Entgelt ist üblicherweise als Festpreis ausgestaltet, wohingegen der Preis für kurzfristiges Umlaufvermögen, insbesondere Lagerbestand und Außenstände, vom Umfang dieser Vermögenswerte im Zeitpunkt des *Closing* abhängig ist. Diese Werte werden wie auch andere anzupassende Aspekte unmittelbar nach dem *Closing* einer Prüfung unterzogen.

Falls das Zielunternehmen über eine Ertragshistorie verfügt, die kurz ist oder Fragen aufwirft, können die Parteien einen Teil des Kaufpreises von der zukünftigen Ertragsentwicklung abhängig machen. Eine derartige Vereinbarung (*earn-out arrangement*) ist mit Problemen befrachtet, da einerseits der Käufer das Geschäft

nach freier Entscheidung führen möchte, der Verkäufer aber andererseits ein dauerhaftes Interesse am Geschäft behält und daher geneigt ist, dem Erwerber erhebliche Beschränkungen aufzuerlegen.

3. Preisallokation

In *Asset Deals* bietet es sich an, den Kaufpreis spezifischen Vermögenswerten zuzuordnen, um dadurch zu vermeiden, dass die Parteien von widersprüchlichen Positionen ausgehen. Üblicherweise vereinbaren die Parteien, diese Allokationen sämtlichen Besteuerungsfragen zugrunde zu legen. Da die Allokationen der Überprüfung durch die Steuerbehörden unterliegen, die ein Interesse daran haben, den größtmöglichen Anteil des Kaufpreises nicht-abschreibbaren oder nur über lange Zeit abschreibbaren Vermögenswerten, wie z.B. dem ideellen Firmenwert, zuzuweisen, sind die Parteien bei der Allokation des Kaufpreises nicht völlig frei.

4. Zahlung

Obgleich zur Zahlung des Kaufpreises manchmal Bankschecks eingesetzt werden, sehen Kaufverträge üblicherweise eine Zahlung per Überweisung am Tag des *Closing* vor. Die Einzelheiten der Zahlung werden in dem unten stehenden Abschnitt zum *Closing* dargelegt.

Ein Teil des Kaufpreises kann auf Stundungsbasis durch Begebung einer Schuldverschreibung gezahlt werden. Dies ermöglicht eine einfachere Finanzierung des Erwerbs aus den Vermögenswerten und den zukünftigen Einnahmen des Zielunternehmens heraus. Ein derartiges Vorgehen kann zudem ein Weg zur Befriedigung etwaiger Ansprüche des Käufers nach dem *Closing* sein. Ferner kann ein Teil des Kaufpreises auf ein bei einer Bank oder einer dritten Partei eingerichtetes Treuhandkonto überwiesen werden. Dort werden die Mittel für eine bestimmte Zeit geparkt und im Falle von Schadensersatzansprüchen des Käufers nach dem *Closing* zu seiner Befriedigung ausgezahlt. Auch wenn ein derartiges Vorgehen im Heimatland des Käufers nicht üblich ist, sollte ein nicht-US-amerikanischer Käufer ein derartiges Vorgehen immer in Betracht ziehen.

5. Übernahme von Verbindlichkeiten

In gewisser Weise werden im Rahmen eines Anteilserwerbs oder im Rahmen einer Fusion sämtliche Verbindlichkeiten des Zielunternehmens durch den Käufer übernommen, da ihm nach dem *Closing* der Schuldner bzw. dessen Rechtsnachfolger

gehört. Obwohl grundsätzlich nur die Vermögenswerte des Zielunternehmens für derartige Verbindlichkeiten haften, stellt dies einen geringen Trost für den Käufer dar, wenn sich nach *Closing* bislang nicht bekannte Verbindlichkeiten zeigen. Wie bereits erläutert, wird dieses Risiko zu einem gewissen Grad durch die Freistellungsverpflichtung des Verkäufers hinsichtlich nicht offen gelegter Verbindlichkeiten begrenzt, die gewöhnlich Bestandteil US-amerikanischer Unternehmenskaufverträge ist.

Im Rahmen von *Asset Deals* sind die Verbindlichkeiten, die übernommen werden, genauso detailliert zu bezeichnen, wie die Verbindlichkeiten, die beim Verkäufer verbleiben. Der Käufer übernimmt alle Verbindlichkeiten, die nach dem *Closing* aus ihm übertragenen Verträgen resultieren. Verbindlichkeiten aufgrund von Vertragsverletzungen vor dem *Closing* sollten als Kaufgegenstand ausdrücklich ausgeschlossen werden. Des Weiteren sollte ein Käufer erwägen, Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen zu übernehmen, da es in seinem Interesse ist, dass diese Verbindlichkeiten korrekt erfüllt werden. Das Ausmaß der übernommenen Verbindlichkeiten kann als Teil des Gesamtkaufpreises berücksichtigt werden. Grundsätzlich verbleiben Verbindlichkeiten, die nicht ausdrücklich vom Käufer übernommen werden, beim Verkäufer.

6. Zusicherungen und Garantien

Zusicherungen und Garantien machen einen großen Teil des Vertrags aus und betreffen die für die Parteien besonders wichtigen Fragen. Weitere Einzelheiten zu diesem Thema werden unten im Abschnitt „Wesentliche Rechtsfragen für den Käufer" erörtert. In den Vereinigten Staaten erfolgen Unternehmenskäufe auf Grundlage einer vollständigen Offenlegung sämtlicher Aspekte des erworbenen Unternehmens. Zusicherungen und Garantien dienen grundsätzlich der Offenlegung von Informationen über die Zielgesellschaft, verteilen aber auch in Verbindung mit den Freistellungsbestimmungen das Geschäftsrisiko zwischen den Parteien und bilden die Grundlage für Ansprüche nach dem *Closing*.

7. Covenants

Bei einem typischen Kauf eines US-amerikanischen Unternehmens wird der Kaufvertrag mehrere Wochen vor dem *Closing* der Transaktion ausgehandelt. Sämtliche Angelegenheiten, die zwischen der Unterzeichnung des Kaufvertrages und dem *Closing* (oder gar danach) ausgeführt werden müssen, werden als spezielle

Vertragspflichten zwischen den Parteien festgelegt. Die Wichtigste ist die Verpflichtung des Verkäufers, das Zielunternehmen zwischen Unterzeichnung des Vertrages und *Closing* in der üblichen Weise weiterzuführen. Sie verbietet dem Verkäufer die Vornahme wesentlicher Transaktionen ohne vorhergehende Zustimmung des Käufers sowie den Erwerb jedweder dazu erforderlicher Schlüsselgenehmigungen.

8. Bedingungen

Im Kaufvertrag werden aufschiebende Bedingungen für das *Closing* bestimmt. Üblicherweise umfassen derartige Bedingungen die Richtigkeit der Zusicherungen und Garantien des Verkäufers, die Einhaltung spezieller Vertragspflichten, die Erstellung rechtlicher Gutachten, die Unterzeichnung von Nebenverträgen, das Fehlen wesentlicher nachteiliger Veränderungen im Geschäft des Veräußerers und der Erhalt wichtiger Zustimmungen für die Transaktion.

9. Closing

Die beim *Closing*, also dem Zeitpunkt des Abschlusses der Transaktion, auszufertigenden und zu übergebenden Übertragungsdokumente sowie die Zahlungsmodalitäten hinsichtlich des Kaufpreises müssen festgelegt werden. Die Einzelheiten des *Closing* eines US-amerikanischen Unternehmenserwerbs werden unten genauer dargestellt.

10. Freistellung

Bei einer Freistellung handelt es sich um eine Art Garantie, im Rahmen derer eine Partei des Unternehmensverkaufsvertrags sich gegenüber der anderen verpflichtet, diese von bestimmten Verbindlichkeiten oder Verlusten freizustellen. Häufig werden insoweit Versicherungen eingesetzt. Durch Freistellungsbestimmungen, die in den Vereinigten Staaten üblich sind, werden die Risiken hinsichtlich des Zielunternehmens zwischen Käufer und Verkäufer verteilt.

Beim Erwerb einer börsennotierten Gesellschaft ist es in der Regel nicht zu verwirklichen, von den zahlreichen Aktionären auf Dauer eine Freistellung zu erhalten. Die Geschäftsführung und, soweit vorhanden, das Zielunternehmen kontrollierende Aktionäre lehnen die Übernahme einer Freistellungsverpflichtung in der Regel ab. In einer derartigen Situation erlöschen die Zusicherungen und Garantien zum Zeitpunkt des *Closing*. Eine auf Dauer ausgerichtete Freistellungsverpflichtung

besteht somit nicht. Es liegt daher im Verantwortungsbereich des Erwerbers, sämtliche für das Zielunternehmen relevanten Tatsachen zu verifizieren. Dabei kommt dem Käufer zu Hilfe, dass das Zielunternehmen nach US-amerikanischem Wertpapierrecht Veröffentlichungspflichten unterliegt.

Falls es sich bei der Zielgesellschaft um ein nicht börsennotiertes Unternehmen handelt, sieht der Kaufvertrag in fast allen Fällen vor, dass der Verkäufer den Käufer von jeglichen Verlusten oder Verbindlichkeiten aufgrund von Falschangaben oder Verletzungen der Garantien und Vertragspflichten freistellt. In der Regel übernimmt der Käufer eine ähnliche Verpflichtung zugunsten des Verkäufers. Die Freistellungsbestimmungen regeln die Verteilung der Verbindlichkeiten oder Die Freistellungsbestimmungen regeln die Verteilung der Verbindlichkeiten oder der Verluste aufgrund der Tätigkeiten des Zielunternehmens sowohl für die Zeit vor *Closing* als auch für die Zeit nach dem *Closing*. Die Zeit, während derer der Verkäufer an die Freistellungsverpflichtung gebunden ist, wird ebenfalls festgelegt. Dabei haben die Vertragsparteien naturgemäß ein Interesse daran, ihre jeweiligen Freistellungsverpflichtungen nur so kurz wie möglich tragen zu müssen. Häufig haben die Freistellungsbestimmungen eine Gültigkeitsdauer zwischen einem und drei Jahren, wobei ein volles Geschäftsjahr einschließlich vollständiger Wirtschaftsprüfung für die Feststellung etwaiger Freistellungsansprüche unerlässlich (üblicherweise aber auch ausreichend) ist. Wie unten weiter ausgeführt wird, sind umweltrechtliche Freistellungsverpflichtungen sowie Freistellungen in Bezug auf die Belastung von Gesellschaftsanteilen oder *Assets* mit Rechten Dritter zeitlich meist unbegrenzt. Zudem kann vorgesehen werden, dass Freistellungsansprüche nur bei Erreichen einer bestimmten Mindestwertgrenze geltend gemacht werden können. Der Vertrag kann alternativ vorsehen, dass bei Erreichen eines derartigen Mindestwertes die berechtigte Partei entweder alle Ansprüche geltend machen kann oder lediglich insoweit berechtigt ist, als die Ansprüche den Mindestwert übersteigen. Es wird zunehmend üblich, dass der Vertrag eine Obergrenze für Ansprüche vorsieht, die zwischen 50% und 100% des Kaufpreises liegt.

C. Andere Vereinbarungen

Im Kaufvertrag kann vorgesehen sein, dass beim *Closing* eine Vielzahl von Nebenvereinbarungen zu unterzeichnen sind. Derartige Nebenvereinbarungen können Wettbewerbsverbote, Arbeitsverträge mit einem oder mehreren der

Verkäufer oder wichtigen Angestellten des Zielunternehmens sowie Dauermietverhältnisse und Lizenzen betreffen. Weitere Einzelheiten dazu sind im Abschnitt *Closing* dargestellt.

V. Wesentliche Rechtsfragen für den Käufer

Die im Kaufvertrag enthaltenen Zusicherungen und Garantien beziehen sich auf die aus wirtschaftlicher und rechtlicher Sicht für den Käufer wichtigsten Aspekte. Zusicherungen und Garantien dienen - wie bereits angesprochen - dazu, dem Zielunternehmen Informationen zu entlocken. Sie spielen daher für den Käufer bei der Prüfung des Zielunternehmens eine wesentliche Rolle. Die im Kaufvertrag enthaltenen Angaben gehen zum Teil auf das durch die externen Berater des Verkäufers durchgeführte *Due Diligence* Verfahren zurück, werden aber durch den Käufer und dessen Berater weiter untersucht. Diese Untersuchung ist oft wesentlich umfangreicher als im Heimatland des nicht-US-amerikanischen Käufers üblich. Die insoweit aufzuwendenden Kosten sind gegen die zusätzliche Absicherung des Käufers abzuwägen.

A. Vertretungsmacht und Gründungsstatut

Der Verkäufer wird im Kaufvertrag üblicherweise zusichern, dass das Zielunternehmen regelgerecht gegründet worden ist und die Personen, die in seinem Namen tätig werden, eine entsprechende Vollmacht besitzen. In den Vereinigten Staaten gibt es kein Handelsregister oder ein vergleichbares Firmenbuch. Auf Grundlage der Bücher und Aufzeichnungen des Zielunternehmens überprüft der Käufer mit seinen Beratern daher eigenständig die Vertretungsmacht des Verkäufers und berücksichtigt dabei auch öffentliche Bekanntmachungen beim Erwerb börsennotierter Gesellschaften.

B. Bilanzen

Im Kaufvertrag wird regelmäßig festgehalten, dass die dem Käufer vorgelegten Bilanzen (die dem Vertrag als Anlage beigefügt werden können) auf einer mit früheren Bilanzen kongruenten Bewertungsmethodik im Einklang mit US-GAAP erstellt wurden und die finanzielle Situation des Zielunternehmens angemessen wiedergeben. Zusicherungen in Bezug auf die Finanzen werden selbst dann in den Vertrag aufgenommen, falls sämtliche Bilanzen durch eine angesehene

Wirtschaftsprüfungsgesellschaft erstellt worden sind. Üblicherweise werden die Zusicherungen durch spezifische Angaben zu Vermögenswerten, wie etwa Lagerbestand oder Außenstände, ergänzt.

C. Beachtung der Gesetze

1. Beachtung umweltrechtlicher Vorschriften

Unabhängig davon, ob der Unternehmenskauf im Rahmen eines *Share Deals*, eines *Asset Deals* oder einer Fusion erfolgt, gehen umweltrechtliche Verbindlichkeiten in Bezug auf das erworbene Eigentum auf den Käufer über. Da umweltrechtliche Verbindlichkeiten eine der gefährlichsten Fallen für einen unvorsichtigen Käufer darstellen, fordert der Käufer regelmäßig eine vollständige Offenlegung sämtlicher umweltrechtlicher Probleme. Die Offenlegung umfasst sämtliche Verstöße des Unternehmens gegen umweltrechtliche Vorschriften sowie gegen umweltrechtliche Genehmigungen für die eigene Geschäftstätigkeit. Wichtig sind insbesondere auch gefährliche Abfälle, die sich auf dem Anwesen der Zielgesellschaft befinden können. Die Beseitigung derartiger Abfälle kann äußerst kostspielig sein. In einigen Industriezweigen kann es daher angemessen sein, eine so genannte Phase I-Umweltprüfung der entsprechenden Grundstücke vorzunehmen, und, falls Probleme auftauchen, eine Phase II- oder Phase III-Prüfung einzuleiten, die Bodenbohrungen sowie Luft- und Wasserüberprüfungen zur Feststellung etwaiger Umweltprobleme beinhalten (Phase II- und III-Umweltprüfungen können Offenlegungsverpflichtungen auslösen). Der Käufer sollte zudem sicherstellen, dass sämtliche Abfälle, die vom Anwesen entfernt wurden, im Einklang mit den einschlägigen Rechtsvorschriften behandelt und entsorgt wurden. Der Käufer kann nämlich für eine unsachgemäße Entsorgung der Abfälle außerhalb der Anlage durch Rechtsvorgänger oder Dritte, z.B. einem von dem Zielunternehmen beauftragten Entsorgungsunternehmen, haften. Im Fall eines *Asset Deals* müssen umweltrechtliche Zulassungen oder Lizenzen übertragen oder neu beantragt werden. Bei *Share Deals* ist eine Rücksprache mit Umweltbehörden angebracht, um sicherzustellen, dass die Zulassungen nach Änderung der Eigentümerstruktur bei der Zielgesellschaft wirksam bleiben. In einigen Bundesstaaten, wie New Jersey und Connecticut, können darüber hinaus vorherige Zustimmungen der bundesstaatlichen Behörden zum Vollzug des Unternehmenserwerbs notwendig sein. Da umweltrechtliche

Verbindlichkeiten einen immensen Umfang haben können, sollten die vom Verkäufer übernommenen umweltrechtlichen Freistellungsbestimmungen betragsmäßig und zeitlich unbegrenzt sein.

2. Andere Lizenzen und Zulassungen

Obwohl die Regulierung unternehmerischer Tätigkeit in den Vereinigten Staaten relativ limitiert ist, benötigen die meisten Unternehmen einige behördliche Lizenzen und Zulassungen, von denen manche allein den Zweck verfolgen, für die örtlichen Behörden eine Einnahmequelle zu eröffnen. Zu derartigen Lizenzen und Zulassungen gehören allgemeine Geschäftszulassungen, Bau- und Gebäudenutzungsgenehmigungen, Heizkesselgenehmigungen und Genehmigungen zum Betrieb bestimmter Maschinen und Gegenstände sowie Kraftfahrzeugzulassungen. Darüber hinaus können spezielle behördliche Genehmigungen und Konzessionen für bestimmte Arten von Unternehmen erforderlich sein. Obwohl es nicht ausgeschlossen ist, dass diese Lizenzen und Zulassungen im Rahmen eines *Asset Deals* auf den Erwerber übertragen werden können, müssen üblicherweise neue Lizenzen und Genehmigungen beantragt werden. Für die Übertragung oder den Neuerwerb derartiger Lizenzen oder Genehmigungen sind im Vertrag Vorkehrungen zu treffen, so dass sie beim *Closing* vorliegen und das Unternehmen seine Geschäfte ohne Unterbrechung weiter verfolgen kann. Selbst Kraftfahrzeugzulassungen können Probleme verursachen, da ihre Übertragung einige Zeit benötigen kann.

Behördliche Lizenzen und Zulassungen können selbst dann grundsätzlich nicht übertragen werden, wenn sie für das in Frage stehende Unternehmen erheblich sind. Teils werden sie sogar bei einer wesentlichen Veränderung der Beherrschungsstruktur über das Zielunternehmen unwirksam. Letzteres resultiert häufig eher aus behördlicher Praxis vor Ort als aus Rechtsvorschriften. Für derartige Fälle sollte der Erwerber sicherstellen, dass er eigene Lizenzen und Zulassungen vor dem *Closing* erwirbt. Üblicherweise sieht der Kaufvertrag vor, dass sämtliche Lizenzen und Genehmigungen, die für das Zielunternehmen ausgestellt sind, offen gelegt werden und ihre Übertragbarkeit zugesichert wird.

3. Beachtung sonstiger Rechtsvorschriften

Der Käufer lässt sich in der Regel bestätigen, dass das Zielunternehmen die örtlichen baurechtlichen Regelungen sowie die anderen Vorschriften zur Nutzung von Grundbesitz einhält. Die Einhaltung von baurechtlicher Normen wird nicht

immer von einer Rechtstitelversicherung umfasst. Des Weiteren wird der Erwerber eine Einhaltung der Bundes-Arbeitsschutzregelungen überprüfen. Auch wenn der Verkäufer in der Regel keine absolute Zusicherung der Einhaltung dieser Rechtsvorschriften geben kann, wird der Käufer jedenfalls in Erfahrung bringen wollen, dass der Verkäufer von Rechtsverletzungen keine Kenntnis hat bzw. diesem insoweit keine Anzeige gemacht wurde. Des Weiteren mag der Käufer daran interessiert sein, dass der Verkäufer eine ähnliche Erklärung hinsichtlich der Einhaltung arbeitsrechtlicher Gleichberechtigungsvorschriften, arbeitsrechtlicher Einstellungsvorschriften oder sonstiger arbeitsrechtlicher Bestimmungen abgibt.

Diese Aspekte können im Vertrag in speziellen Bestimmungen im Rahmen der Freistellungsregelungen aufgenommen werden. Selbst wenn der Verkäufer für bestimmte Bereiche keine Erklärung abgeben kann, dass die entsprechenden Rechtsvorschriften ohne Ausnahme eingehalten worden sind, sollte der Erwerber darauf pochen, dass die Verantwortlichkeit für Rechtsverstöße vor dem *Closing* beim Verkäufer verbleibt. Diese Zuordnung von Risiken und Verantwortlichkeiten ist einer der wesentlichen Verhandlungspunkte in US-amerikanischen Kaufverträgen.

D. Arbeitsrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit Unternehmenskäufen

1. Kündigungsschutz

In den Vereinigten Staaten gibt es, anders als in vielen anderen Ländern, keine Rechtsvorschriften, denen zufolge im Rahmen von Unternehmenskäufen Arbeitnehmer durch den Verkäufer nicht gekündigt werden dürfen oder im Falle einer Kündigung spezielle Abfindungen zu leisten sind. Gleichwohl ist es nach Bundesrecht und einigen bundesstaatlichen Gesetzen erforderlich, bei Schließung eines gesamten Betriebs oder bei Entlassung einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern eine Vorankündigung zu machen. Arbeitnehmer haben keinen gesetzlichen Anspruch auf Prüfung, Zustimmung oder Konsultation hinsichtlich eines Erwerbs ihres Arbeitgebers. Im Rahmen von *Asset Deals* werden Arbeitnehmer nicht automatisch zu Arbeitnehmern des erwerbenden Unternehmens. Bei *Share Deals* bleiben sie dagegen Arbeitnehmer der Zielgesellschaft bzw. des Rechtsnachfolgers im Falle einer Fusion. Nichtsdestotrotz sollte ein nicht-US-amerikanischer Käufer eines Unternehmens nicht davon ausgehen, hinsichtlich der Behandlung der Arbeitnehmer freie Hand zu haben. Die meisten US-amerikanischen Arbeitgeber haben arbeitsrechtliche Richtlinien aufgestellt, die Rechtsnachfolger binden. Diese

Richtlinien sehen üblicherweise Abfindungszahlungen vor, die fällig werden, wenn den Arbeitnehmern keine Arbeitsplätze mit im Wesentlichen gleichem Entgelt und sonstigen Bezügen seitens des Erwerbers angeboten werden. Der Verkäufer besteht daher häufig darauf, dass der Erwerber die bestehende Belegschaft zu von ihm vorgegebenen Bedingungen weiter beschäftigt. Wie die anderen wirtschaftlichen Aspekte sind diese Punkte zwischen dem Käufer und Verkäufer auszuhandeln. Auch Nebenaspekte zu diesen Fragen, wie z.B. aufgelaufene Urlaubsansprüche, sind dabei zu besprechen, da die Arbeitnehmer auf diese Ansprüche nach *Closing* nicht verzichten werden. Besonders für nicht-US-amerikanische Erwerber mag es sinnvoll sein, mit Feingefühl den Erwartungen der Arbeitnehmer zu begegnen.

2. Tarifverträge

Bei *Share Deals* oder Fusionen bleibt der Erwerber an Tarifverträge des Zielunternehmens gebunden. In *Asset Deals* ist dies lediglich dann der Fall, wenn der Erwerber die Tarifverträge ausdrücklich übernimmt. Regelmäßig will der Käufer aus der relativ schwachen Verhandlungsposition der Belegschaft des Zielunternehmens Nutzen ziehen und die Bestimmungen der Arbeitsverträge neu verhandeln. Folglich wird er grundsätzlich Tarifverträge nicht übernehmen. Allerdings ist der Erwerber verpflichtet, bestehende Gewerkschaften anzuerkennen und mit ihnen in gutem Glauben zu verhandeln. Dabei empfinden viele nicht-US-amerikanische Erwerber von Unternehmen es einfacher, mit US-amerikanischen Gewerkschaften zu verhandeln, als mit ihren nicht-US-amerikanischen Pendants. Tarifverträge binden lediglich einzelne Unternehmen und ihre Mitarbeiter, nicht dagegen einen ganzen Industriezweig.

3. Kündigungen

Aufgrund bundes- und einzelstaatlicher Regulierung sowie auf der Basis vieler Tarifvereinbarungen erfordert die Schließung bestimmter Betriebe eine Vorankündigung. Je nach Maß des Fortbestehens der Arbeitsrechtsverhältnisse im Falle eines Unternehmenskaufs, finden diese Vorschriften auch auf den Erwerber Anwendung. Bundesrecht sieht zudem vor, dass ein gekündigter Arbeitnehmer für eine bestimmte Zeit auf eigene Kosten in Arbeitgeber mitfinanzierten Gesundheitsversicherungssystemen verbleiben kann. In einigen Staaten, wie Massachusetts, trägt die entsprechenden Kosten der Arbeitgeber.

4. Pensionszahlungen und andere Bezüge

Wenn das Zielunternehmen seinen Arbeitnehmern Unterstützungsleistungen, wie Betriebsrenten gewährt, kann die Verpflichtung zur ausreichenden Finanzierung dieser Leistungen selbst im Rahmen eines *Asset Deals* auf den Erwerber übergehen. Betriebsrenten-Programme unterliegen ausführlicher bundesrechtlicher Regulierung. Aus Sicht eines Erwerbers besteht die Gefahr, erhebliche Verbindlichkeiten aus der Zeit vor dem *Closing* übernehmen zu müssen, wie z.B. einen Ausgleich einer Unterfinanzierung der Betriebsrentenversicherung. Im Rahmen eines *Asset Deals* wünscht der Verkäufer grundsätzlich, dass der Erwerber die bestehenden Betriebsrentenpläne weiterführt, da die Beendigung eines derartigen Plans teuer und zeitaufwendig sein kann. Eine Beendigung lässt sich allerdings nur dann vermeiden, wenn der Erwerber bereit ist, einen im Umfang mit dem Betriebsrentenplan des Verkäufers ähnlichen Plan, der nicht notwendigerweise identisch sein muss, anzubieten. Zur Vermeidung erheblicher und unerwarteter Verbindlichkeiten sollten im Rahmen von Unternehmenskäufen die Pensionszahlungsverpflichtungen des Zielunternehmens von den Experten (Rechtsanwälten und Versicherungsstatistiker) des Erwerbers detailliert geprüft werden.

Einzelheiten zu diesen Fragen werden in Kapitel 6, Arbeit und Beschäftigung, dargestellt.

E. Wesentliche Vermögenswerte

1. Die Betriebsanlagen

Für den Erwerber macht es Sinn, hinsichtlich aller Betriebsgebäude und Grundstücke des Zielunternehmens unbestrittenes Eigentum (*clear title*) zu erwerben, da diese für die Fortführung des Unternehmens wesentlich sind. Das Eigentum an Grundstücken wird mittels einer öffentlichen Urkunde übertragen. (In bestimmten Standorten werden auch Eigentumsbescheinigungen eingesetzt). Notariate, die in Ländern mit kodifizierten Zivilrechtssystemen üblich sind, gibt es in den Vereinigten Staaten nicht. In den meisten Bundesstaaten wird die Eigentümerstellung in Bezug auf Grundbesitz durch ein Rechtstitelversicherungsunternehmen untersucht und bekräftigt. Dieses versichert die unbestrittene Eigentümerstellung vorbehaltlich etwaiger Belastungen wie Hypotheken, Wegerechte oder Grunddienstbarkeiten. Falls das Zielunternehmen über erheblichen Grundbesitz verfügt, sollte eine derartige Rechtsträgerversicherung selbst bei einem *Share Deal* abgeschlossen werden, obwohl Grundbesitz überhaupt nicht übertragen wird. Der Erwerber

sollte eine Übersicht über das Grundstückseigentum anfordern, die die Lage sämtlicher Gebäude, Wegerechte, Grunddienstbarkeiten (wie Versorgungsstrecken) sowie jegliche Schwierigkeiten in Bezug auf den Zugang zum Eigentum darstellt. Wie bereits oben erwähnt, kann der Erwerber darüber hinaus eine umweltrechtliche Prüfung vornehmen. Darüber hinaus sollte er sicherstellen, dass das Eigentum zulässigerweise und im Einklang mit sämtlichen Bauvorschriften genutzt wird. Die Rechtstitelversicherung umfasst ein derartiges Risiko nur bei ausdrücklicher Vereinbarung und spezieller Bezahlung. Im Rahmen eines *Asset Deals* löst die Übertragung von Grundbesitz bundesstaatliche und örtliche Grunderwerbssteuern aus, wobei diese mit einigen Ausnahmen üblicherweise erheblich geringer sind als in einer Vielzahl anderer Länder.

2. Immaterielle Vermögenswerte

In vielen Unternehmen stellen immaterielle Vermögenswerte einen wesentlichen Teil des Unternehmenswerts dar. Der Unternehmenskäufer sollte eine umfassende Prüfung hinsichtlich der Rechtsträgerschaft der immateriellen Vermögenswerte, wie Markennamen und Patente vornehmen und sicherstellen, dass die Rechtsinhaberschaft hinsichtlich dieser Werte im Fall eines *Asset Deals* wirksam auf ihn übertragen werden kann. Ein nicht-US-amerikanischer Käufer kann dabei insbesondere ein Interesse daran haben, festzustellen, inwieweit die erworbenen Immaterialgüterrechte im Ausland Schutz genießen. Zudem hat er sicherzustellen, dass alle erforderlichen Zustimmungen zur Übertragung der Immaterialgüterrechte erteilt wurden. Dies kann auch im Fall von *Share Deals* förderlich sein, falls eine Lizenz bei erheblicher Veränderung der Beherrschungsstruktur des Zielunternehmens kündbar ist.

Ein im Rahmen von Unternehmenskäufen durch nicht-US-amerikanische Käufer häufig auftretender Streitpunkt ist die Weigerung des Verkäufers, eine Garantie dahin abzugeben, dass seine Patente gültig sind; eine derartige Garantie geht nämlich weit über die bloße Zusicherung der Rechtsinhaberschaft hinaus. Eine erhebliche Anzahl angegriffener Patente werden in den Vereinigten Staaten für ungültig erklärt, so dass eine Garantie der Gültigkeit von US-amerikanischen Veräußerern grundsätzlich nicht gegeben wird.

3. Verträge und Lizenzen

Verträge und Lizenzen, die für den Erfolg eines Unternehmens wesentlich sind, können durch einen Unternehmenserwerb gefährdet werden. (So gab General

Motors z.B. im Anschluss an den ausländischen Erwerb von Firestorm bekannt, dass es keine Firestorm-Reifen mehr als Erstausstattung für seine Kraftfahrzeuge erwerben würde). Der Unternehmenskaufvertrag verpflichtet zur Offenlegung aller Verträge eines bestimmten Volumens oder bestimmter Laufzeiten, um den Erwerber über die Verpflichtungen des Zielunternehmens in Kenntnis zu setzen und ihm anzuzeigen, welche Zustimmungen er zum Erwerb der Verträge benötigt. Der Dritte wird seine Zustimmung zur Übertragung des Vertrags häufig nur gegen Entgelt anbieten, wenn die im Vertrag festgelegte Vergütung unter dem gegenwärtigen Marktniveau liegt. Der Kaufvertrag enthält daher manchmal zusätzliche Zusicherungen hinsichtlich der Übertragbarkeit von Verträgen und in Bezug auf die Nichtkenntnis des Verkäufers, dass ein erheblicher Teil des Geschäfts allein aufgrund des Unternehmenskaufs verloren ginge.

F. Verbindlichkeiten

1. Produkthaftung

Wesentliche Bedenken ausländischer Erwerber US-amerikanischer Unternehmen beziehen sich auf die strenge Haftung für Personenschäden, die durch die vom Zielunternehmen hergestellten und verkauften Produkte verursacht werden. Eine detaillierte Darstellung des US-amerikanischen Produkthaftungsrechts findet sich in Kapitel 5, Produkthaftungsrecht.

Im Rahmen eines *Share Deals* oder einer Fusion (in einigen Bundesstaaten auch im Rahmen von *Asset Deals*) wird der Erwerber zu vermeiden suchen, die Verantwortlichkeit für vor dem *Closing* veräußerte Produkte zu übernehmen. Der Verkäufer mag zwar zusichern, dass er von derartigen Verbindlichkeiten nichts weiß. Eine vollständige Zusicherung nicht bestehender Produkthaftungsverbindlichkeiten vermag er allerdings nicht zu geben. Die Vertragsparteien verteilen die Verantwortlichkeit daher häufig im Rahmen der Freistellungsbestimmungen. Dabei verbleibt die Haftung für die Produkte, die vor dem *Closing* verkauft oder verschifft (und manchmal auch hergestellt) wurden, beim Verkäufer, wo hingegen der Erwerber die Haftung für die Produkte übernimmt, die nach dem *Closing* verkauft oder verschifft wurden. Eine Freistellung von Produkthaftungsansprüchen ist häufig entweder zeitlich unbegrenzt oder entspricht in ihrer zeitlichen Begrenzung den einschlägigen bundesstaatlichen Verjährungsvorschriften. Letztere Einschränkung

ist dabei nicht besonders bedeutend, da die Verjährung erst zu dem Zeitpunkt beginnt, in dem eine Person verletzt wird. Dies kann lange Zeit nach der Veräußerung oder Verschiffung des Produktes geschehen.

2. Steuerliche Verbindlichkeiten

Im Rahmen eines *Asset Deals* haftet der Erwerber so gut wie nie unmittelbar für die Einkommenssteuer und andere Steuern, die aus der Geschäftstätigkeit des Zielunternehmens vor dem *Closing* resultieren. Bestimmte *Ad Valorem*-Steuern (wertbezogene Steuern) können jedoch auf den erworbenen Vermögenswerten lasten. In diesen Fällen akzeptiert der Verkäufer üblicherweise die Verantwortlichkeit für Steuerverbindlichkeiten, soweit diese aus der Geschäftstätigkeit vor *Closing* resultieren, und stellt den Erwerber von insoweit bestehenden Verbindlichkeiten frei. Eine solche Freistellung ist üblicherweise für die Dauer der gesetzlichen Verjährungsvorschriften wirksam.

3. Andere Verbindlichkeiten

In den Vereinigten Staaten sichert der Verkäufer üblicherweise zu, dass neben den offen gelegten Verbindlichkeiten des Unternehmens keinerlei weitere Verbindlichkeiten, ob bedingt oder nicht, bestehen. Falls das Zielunternehmen dennoch Verbindlichkeiten hat, fallen diese üblicherweise aufgrund der Freistellungsbestimmung dem Verkäufer zur Last. Im Rahmen eines *Asset Deals* lehnt der Erwerber ausdrücklich die Übernahme von anderen als den im Vertrag explizit identifizierten Verbindlichkeiten ab.

G. Keine wesentlichen Veränderungen

Der Verkäufer sichert regelmäßig zu, dass die Geschäftstätigkeit oder die finanzielle Lage des Unternehmens seit der letzten Bilanz oder seit einem anderen Stichtag keine negativen wesentlichen Veränderungen erfahren hat. Die Abwesenheit wesentlicher negativer Änderungen stellt zudem häufig eine Bedingung für das *Closing* dar. Darüber hinaus wird das Recht des Verkäufers, das Unternehmen zwischen Unterzeichnung des Vertrages und *Closing* anders als nach bisheriger Praxis und außerhalb des normalen Geschäftsganges zu führen, eingeschränkt. Dem Verkäufer wird verboten, das Unternehmen wesentlich zu verändern, größere Käufe oder Investitionen zu tätigen, erhebliche Verpflichtungen oder Verbindlichkeiten einzugehen oder die Vergütung oder sonstige Bezüge der Arbeitnehmer ohne die Zustimmung des Erwerbers zu verändern.

VI. Sonstige Rechtsfragen

Neben den vorstehend erörterten Rechtsfragen gibt es eine Vielzahl sonstiger rechtlicher Fragestellungen, die im Rahmen eines Unternehmenskaufs zu beachten sind.

A. Vertriebshändler und Handelsvertreter

Im Rahmen von Unternehmenskäufen werden üblicherweise die wesentlichen Vertriebsverträge und Abmachungen offen gelegt. Anders als in etlichen anderen Ländern kann der Erwerber in den meisten Bundesstaaten Vertriebshändler und Handelsvertreter ohne Zahlung eines Ausgleichs kündigen. Lediglich in wenigen Bundesstaaten ist ein Ausgleich vorgesehen. Generell gibt es in den Vereinigten Staaten allerdings den Trend, willkürliche oder missbräuchliche Kündigungen nicht zuzulassen. Der Erwerber sollte daher sorgfältig dokumentieren, dass sämtliche Kündigungen im Rahmen einer Reorganisation des Vertriebs des erworbenen Unternehmens erfolgt sind. Des Weiteren sollte der Erwerber sicherstellen, dass die Kündigungen keinen Kartellrechtsverstoß darstellen. Eine Kündigung eines preissenkenden Vertriebshändlers zur Sicherstellung von Preisdisziplin wäre beispielsweise unrechtmäßig.

B. Einwanderungsbestimmungen

Ein nicht-US-amerikanischer Erwerber eines US-amerikanischen Unternehmens wird häufig in Erwägung ziehen, Führungskräfte und technische Experten nach dem *Closing* zur Unterstützung des erworbenen Unternehmens einzusetzen. Zur Teilnahme an Konferenzen oder ähnlichem können diese Personen zu Einreise in die Vereinigten Staaten entweder ein B-1 Besuchervisum beantragen oder ein Visa-Waiver-Status, soweit anwendbar, nutzen. Sollen Führungskräfte, technische Experten oder andere Mitarbeiter in den Vereinigten Staaten für das erworbene Unternehmen tätig werden, sind vor dem Transfer der Mitarbeiter die erforderlichen Visa einzuholen. Da die Einholung von Visa zeitaufwendig sein kann, sollten wichtige Personaltransfers mit Hilfe von Spezialisten lange vor *Closing* geplant werden.

C. Die Einfuhr von Bauteilen und Werkstücken

Sämtliche mit der Einfuhr von Handelsware in die Vereinigten Staaten verbundenen Fragen fallen in die ausschließliche Zuständigkeit der US-amerikanischen Bundesbehörden. Etliche in die Vereinigten Staaten eingeführte Produkte unterliegen Einfuhrzöllen, die sich am Wert und der Klassifikation des eingeführten Produktes

ausrichten. Die Zollbehörden sind befugt, die geltend gemachte Bewertung von Produkten anzugreifen, insbesondere wenn es sich um Vorgänge zwischen einer nicht-US-amerikanischen Muttergesellschaft und ihrer US-amerikanischen Tochtergesellschaft handelt. Will ein nicht-US-amerikanischer Käufer das erworbene Unternehmen beispielsweise zum Zusammenbauen von aus dem Ausland eingeführten Bauteilen und Werkstücken einsetzen, sollte weit im Voraus festgestellt werden, dass die Einfuhr der Bauteile und Werkstücke keinen Quotenregelungen (die recht selten sind) unterliegt, und welche Einfuhrzölle für den Import der Teile anfallen.

Es gibt bestimmte Wege der Zolleinfuhr, wie z.B. über *foreign trade zones*, die für einen nicht-US-amerikanischen Käufer von besonderem Interesse seien können. Nicht-US-amerikanische Produkte können in eine *foreign trade zone* innerhalb der Vereinigten Staaten geliefert werden, ohne dass dabei eine förmliche Zolleinfuhr vorgenommen wird oder US-Einfuhrzölle bezahlt werden müssen. Derartige Produkte können gelagert, für den Export weiterverkauft oder während ihres Verbleibs innerhalb der Zone zusammengebaut und dann wieder ausgeführt werden, ohne dass dabei US-amerikanische Einfuhrzölle anfallen.

Importe ausländischer Käufer können bei der Einfuhr ihrer Produkte in die Vereinigten Staaten bestimmten Einschränkungen unterliegen, wie z.B. Anti-Dumping – oder Ausgleichs-Abgaben. Derartige Abgaben werden festgesetzt, wenn die in die Vereinigten Staaten eingeführten Produkte einen nach Ansicht der US-Zollbehörden ungerechtfertigt niedrigen Preis aufweisen. In einigen Fällen können auch Quoten für bestimmte Produkte festgelegt werden. Ist das in den Vereinigten Staaten erworbene Unternehmen von der Einfuhr von Bauteilen oder Werkstücken abhängig, sollte der nicht-US-amerikanische Käufer vor Durchführung des Unternehmenserwerbs seine Pläne und anvisierten Produktpreise mit Zollexperten besprechen.

VII. Gründung des Erwerbsvehikels

Unabhängig davon, in welcher Form das US-amerikanische Unternehmen erworbenwird, wird der Käufer üblicherweise eine *LLC* oder eine *Corporation* als Akquisitionsvehikel gründen (einige Investoren ziehen bestimmte *Partnership*-Strukturen aufgrund von Steuer- oder anderweitigen Vorteilen, die in ihren eigenen Ländern zur Verfügung stehen, vor). Das Erwerbsvehikel wird vor dem *Closing* und teils auch vor Unterzeichnung des Kaufvertrages gegründet. Zudem kann alternativ der

Kaufvertrag vom Erwerber unterzeichnet und dann vor *Closing* an das Erwerbsvehikel abgetreten werden. Weitere Informationen zur Gründung einer *LLC* oder einer *Corporation* sind in Kapitel 2, US-Amerikanische Gesellschaften, enthalten.

VIII. Closing

Das *Closing*, der Abschluss der Transaktion also, wird in den Vereinigten Staaten im Wesentlichen von den Rechtsbeiständen von Käufer und Verkäufer vorbereitet.

A. Übertragungsurkunden

Je nach Art der Transaktion werden beim *Closing* unterschiedliche Übertragungsurkunden ausgehändigt. Im Rahmen des Erwerbs von Aktien oder verbrieften *LLC*-Gesellschaftsanteilen, übergibt der Verkäufer sämtliche Urkunden über die Aktien oder Gesellschaftsanteile zusammen mit einer unterzeichneten *„Stock Power"* (oder Anwaltsvollmacht), die die Übertragung der Aktien oder Gesellschaftsanteile in den Büchern des Zielunternehmens autorisiert. Gesellschaftsanteile, die nicht durch Urkunden verkörpert werden, werden mit Hilfe eines Abtretungsformulars übertragen.

Im Rahmen von Fusionen unterzeichnen die Parteien einen förmlichen Fusionsplan (in den meisten Bundesstaaten), der in den jeweiligen Jurisdiktionen, in denen die *Corporations* oder *LLCs* gegründet sind, beim *Secretary of State* eingereicht wird. Dieses Dokument kann erheblich kürzer als der abschließende Fusionsvertrag sein und ist nicht selten notariell zu beurkunden. Diese Förmlichkeiten werden unmittelbar vor Vollzug durchgeführt, wobei der Fusionsplan im Voraus in die Hauptstädte der einschlägigen Bundesstaaten übersendet wird, um am Tag des *Closing* unmittelbar eingereicht werden zu können.

In *Asset Deals* gestaltet sich die Aushändigung der Übertragungsurkunden komplizierter. Grundbesitz wird für jede Parzelle separat per Urkunde übertragen. Diese Urkunden sind üblicherweise notariell beurkundet und müssen regelmäßig an dem Ort, an dem der Grundbesitz belegen ist, eingetragen werden. Diese Eintragungen werden beim *Closing* oder unmittelbar danach vorgenommen. Am Tag des *Closing* wird die Rechtstitelversicherung eine schriftliche Bestätigung unterzeichnen und vorlegen, die das unbestrittene Eigentum an Grundstücken versichert. Bewegliches Privateigentum wird mittels einer keinen spezifischen Formanforderungen unterliegenden Übereignungsurkunde (*bill of sale*) übertragen. Vereinbarungen und immaterielle Vermögenswerte werden durch ein

Abtretungsformular, das mit der Übereignungsurkunde (*bill of sale*) kombiniert werden kann, übertragen. Im Hinblick auf Patente und andere bestimmte Vermögenswerte können separate, teilweise besonderen Formanforderungen unterliegende Übertragungsurkunden erforderlich sein.

B. Zahlung

Im Rahmen eines internationalen Unternehmenserwerbs wird die Zahlung üblicherweise nicht per Bankscheck, sondern per Überweisung vorgenommen. Der Nachteil eines Bankschecks besteht darin, dass der Scheck zur Einlösung eingereicht werden muss, so dass dem Veräußerer am Tag des *Closing* unter Umständen die erforderlichen Mittel nicht zur Verfügung stehen. Dies kann zu enormen Zinsverlusten führen. Obwohl manchmal Verzögerungen eintreten, sind die Mittel unverzüglich verfügbar, sobald die Überweisung von der Bank des Verkäufers angenommen wurde. Aufgrund der großen Anzahl von Transaktionen an Montagen und Freitagen, können sich Überweisungen verzögern. *Closing* in der Mitte der Woche ist daher, soweit möglich, vorzuziehen. Falls das *Closing* am Anfang oder Ende der Woche erfolgt, oder sehr zeitkritisch ist, kann die Zahlung mittels eines Bundesbank-Schecks vorgenommen werden, der zwar für den Erwerber nicht ohne weiteres erhältlich ist, dem Verkäufer allerdings unmittelbar verfügbare Mittel gewährt.

C. Sonstige Vereinbarungen

Im Rahmen des *Closing* werden üblicherweise die folgenden Nebenvereinbarungen unterzeichnet.

1. Wettbewerbsverbote

Aufgrund von unternehmensbezogenen und steuerlichen Erwägungen schließt der Käufer mit den in Schlüsselpositionen tätigen Mitarbeitern des Zielunternehmens Wettbewerbsverbote ab. Danach verpflichten sich die Mitarbeiter, für eine bestimmte Zeit nach *Closing* mit dem Zielunternehmen nicht in Wettbewerb zu treten. So lange derartige Vereinbarungen in ihrem sachlichen und zeitlichen Umfang angemessen sind und dazu dienen, den Wert des Zielunternehmens für den Erwerber zu sichern, sind sie durchsetzbar.

2. Arbeitsverträge

Nicht selten sind die Verkäufer – zum Teil auch ihre Familienmitglieder – einer privat gehaltenen Gesellschaft vor dem Unternehmenskauf bei der Zielgesellschaft angestellt. Eine wesentliche Gegenleistung für ihre Zustimmung zur Veräußerung des Unternehmens liegt häufig im Versprechen der Weiterbeschäftigung. Im Rahmen des Kaufs professionell geführter Unternehmen, stellt der Erwerber regelmäßig sicher, dass bestimmte Mitarbeiter in Schlüsselpositionen, Top-Führungskräfte und technische Experten auch nach dem *Closing* dem Unternehmen zur Verfügung stehen. In diesen Fällen verlangt entweder der Käufer oder Verkäufer, dass mit derartigen Mitarbeitern vor oder am Tag des *Closing* Arbeitsverträge unterzeichnet werden.

3. Mietverträge und Lizenzen

Unter Umständen ist es nicht möglich, alle für das Zielunternehmen erforderlichen materiellen und immateriellen Vermögenswerte auf den Erwerber zu übertragen. So kann z.B. der Verkäufer bestimmte Software oder Technologie für ein von ihm behaltenen Unternehmenszweig benötigen. In diesem Fall müssen möglicherweise materielle Vermögenswerte an das Zielunternehmen vermietet bzw. Lizenzen in Bezug auf immaterielle Vermögenswerte an das Zielunternehmen vergeben werden.

4. Dienstleistungsverträge

Falls der Käufer lediglich einen Teil eines einheitlichen Unternehmens erwirbt, ist es möglich, dass der verkaufte Unternehmensteil nicht vollumfänglich selbstständig operieren kann. In diesem Fall könnte der Verkäufer dem Erwerber nach dem *Closing* kurzfristig, manchmal auch langfristig, Dienstleistungen zur Verfügung stellen. Beim Zugang zu Computern handelt es sich um ein Standardbeispiel für derartige vom Verkäufer zur Verfügung gestellte Dienstleistungen.

D. Sonstige Urkunden

Beim *Closing* können schließlich eine Vielzahl anderer Urkunden wie etwa Rechtsgutachten der Berater beider Parteien zu übergeben sein. Es ist ebenfalls üblich, dem Käufer eine beglaubigte Abschrift der Gründungsurkunde oder Satzung des Zielunternehmens so wie eine Urkunde des zuständigen *Secretary of State* zu übergeben, der zufolge das Zielunternehmen im Bundesstaat seiner Gründung

„*good standing*" genießt. Üblich ist ebenfalls, dass das Zielunternehmen (und der Käufer) eine Urkunde übergibt, die bekräftigt, dass sämtliche Zusicherungen und Garantien des Kaufvertrages auch noch am Tag des *Closing* zutreffen. Die Geschäftsführer und Vorstände des Zielunternehmens übergeben zumeist eine schriftliche Amtsniederlegung. Bei *Asset Deals* ist dies jedoch regelmäßig nicht erforderlich, da Arbeitsbeziehungen normalerweise nicht automatisch mit dem Unternehmen auf den Erwerber übergehen.

IX. Handelsfragen (Import/Export) nach dem Erwerb des Unternehmens

Auch nach *Closing* hat der Erwerber bestimmte Import – und Exportkontrollanforderungen zu beachten, die das Zielunternehmen erheblich schädigen können, wenn sie falsch angegangen werden.

Zunächst benötigt das Zielunternehmen – wie in Kapitel 1 besprochen – unter anderem eine Zollkaution, falls es Produkte einführt. Wenn die Vermögenswerte des Zielunternehmens durch eine neu gegründete Gesellschaft erworben wurden, benötigt diese Gesellschaft auf ihren eigenen Namen eine Zollkaution. Im Fall eines *Share Deals* ist eine neue Zollkaution dagegen nicht erforderlich, wenn das Zielunternehmen unter seiner bisherigen Firma tätig bleibt. Sofern die Firma geänder wird, muss das Zielunternehmen beim *Bureau of Customs and Border Protection* seine Eintragung als Importeur entsprechend ändern und diese Änderung in eine Anlage zur Zollkaution übernehmen oder eine völlig neue Zollkaution mit dem neuen Unternehmensnamen beantragen.

Zweitens, falls das Zielunternehmen Produkte aufgrund von Genehmigungen des *US Department of State, Commerce* und/oder *Treasury* exportiert, bedürfen diese Genehmigungen einer Übertragung im Einklang mit den anwendbaren Rechtsvorschriften oder müssen im Namen des neuen Rechtsträgers nochmals beantragt werden.

Sowohl das *US Department of State* als auch das *US Department of Commerce* nehmen an, dass ein Exportgeschäft vorliegt, sobald bestimmte Ausländer während ihrer Anwesenheit in den Vereinigten Staaten mit Informationen über Waren in Berührung kommen, deren Export kontrolliert wird. Dann liegt der Tatbestand eines *deemed export* vor. Falls für den Export in das Heimatland des Ausländers eine Genehmigung erforderlich wäre, ist eine solche auch für die Rechtmäßigkeit des *deemed export*

erforderlich. Dies kann für einen nicht-US-amerikanischen Erwerber eines US-amerikanischen Unternehmens relevant werden, wenn er eigene Mitarbeiter zur Unterstützung der Integration in das US-amerikanische Zielunternehmen entsendet. Wenn das Zielunternehmen mit Gegenständen zu tun hat, deren Export eine Genehmigung erfordert, ist es geboten, eine Genehmigung für *deemed exports*, also den Informationstransfer, an die ausländischen Mitarbeiter des Erwerbers zu beantragen.

X. Rechtsanwaltliche Beratung

Der Zeitpunkt, zu dem ein ausländischer Käufer rechtsanwaltliche Unterstützung heranziehen sollte, wird den Umständen entsprechend variieren. Normalerweise werden Rechtsanwälte zu Rate gezogen, wenn der Kaufinteressent nach anfänglichen Nachforschungen über das Kaufobjekt zu der Überzeugung gelangt ist, dass eine Akquisition wirtschaftlich von Vorteil ist und sich nunmehr mit den ersten Rechtsfragen zur Durchführung der Transaktion konfrontiert sieht. Ein ausländischer Käufer sollte sich bewusst sein, dass eine Akquisition in den USA komplexe Problemstellungen aufwirft und erhebliche Risiken nach sich ziehen kann. Aus diesem Grund empfiehlt es sich, sich mit einem amerikanischen Rechtsanwalt in Verbindung zu setzen, bevor die ersten schriftlichen Vereinbarungen – angefangen mit dem *Letter of Intent* – unterzeichnet und die Art und Struktur der Transaktion festgelegt wurde.

Kapitel 5
Produkthaftungsrecht

Es kann nicht oft genug betont werden, wie wichtig es in den Vereinigten Staaten ist, mögliche Produkthaftungsklagen zu antizipieren und eine entsprechende Verteidigung vorzubereiten. Aufgrund immer effizienterer Vertriebssysteme und eines immer komplizierteren Rechts steigen sowohl die Anzahl der Produkthaftungsfälle als auch die mit ihnen verbundenen Kosten stetig. Damit diese Kosten möglichst gering gehalten werden, ist die Entwicklung effektiver Organisationsstrukturen zur Verbesserung der Produktsicherheit von wesentlicher Bedeutung.

Mehr als jedes andere Rechtssystem der Welt haben die Vereinigten Staaten Rechtsinstitute und -grundsätze entwickelt, welche den Käufer oder sonstigen Nutzer eines Produkts dazu berechtigen, Schadensersatz für erlittene Sach – und Personenschäden geltend zu machen. Dies hat zur Folge, dass die Kosten für Produkthaftpflichtversicherungen stark angestiegen sind.

Die Vereinigten Staaten haben ein föderales Rechtssystem. Gesetze von 50 Bundesstaaten (einschließlich der Territorialgebiete sowie dem District of Columbia) existieren neben dem Bundesrecht. Obwohl manche haftungsrelevante Geschäftstätigkeit sowohl auf Bundesebene als auch auf Ebene der Bundesstaaten eine Regelung erfahren hat, steht den Bundesstaaten traditionell das Recht zu, bestimmte Rechtsfragen in alleiniger Zuständigkeit zu regeln. Hierzu gehören grundsätzlich die Regeln über die Gerichtsbarkeit und die Pflichten von Herstellern, sobald ihre Produkte mit dem Gebiet des entsprechenden Bundesstaats „in Kontakt" kommen. Auch wenn die Bundesstaaten insoweit im Wesentlichen ähnliche Pflichten für Hersteller vorsehen, bestehen in den Einzelheiten feine Unterschiede.

Zuständigkeit – und Haftungsfragen spielen immer dann eine Rolle, wenn ein ausländischer Hersteller gezwungen ist, sich in den Vereinigten Staaten gegen eine Produkthaftungsklage zu verteidigen.

I. Vergleich mit den Rechtsordnungen anderer Staaten

Jede rechtsstaatliche Ordnung sieht grundsätzlich vor, dass derjenige, der durch ein fehlerhaftes Produkt zu Schaden kommt, berechtigt ist, Schadensersatz zu verlangen. Ausländische Hersteller, die ihre Produkte in den Vereinigten Staaten verkaufen oder vertreiben lassen, sollten dem Produkthaftungsrecht der Vereinigten Staaten

besondere Aufmerksamkeit widmen, da sich dieses in vielerlei Hinsicht vom Produkthaftungsrecht ausländischer Rechtsordnungen unterscheidet. Fast ausnahmslos begünstigen diese Unterschiede den Kläger und erhöhen dessen Chancen, einen Schadensersatzanspruch durchsetzen zu können. Die wesentlichen Unterschiede zu ausländischen Haftungsregimen werden im Folgenden dargestellt.

A. Eingeschränkte Verteidigungsmöglichkeiten

In den meisten Bundesstaaten gilt der Grundsatz der verschuldensunabhängigen Haftung (*doctrine of strict liability*), der eine Gefährdungshaftung für Produktfehler statuiert. Die Anwendung dieses Grundsatzes auf einen Produkthaftungsfall kann zu wesentlich anderen Ergebnissen führen als Ausländer, die mit dem Produkthaftungsrecht ihres Heimatlandes vertraut sind, erwarten würden. Insbesondere dürfen ausländische Hersteller, die ihre Produkte in den Vereinigten Staaten verkaufen oder vertreiben lassen, nicht davon ausgehen, dass sie sich in einem Produkthaftungsfall damit verteidigen könnten, dass (a) der Kläger nicht nachweisen kann, dass der Hersteller schuldhaft gehandelt hat, (b) der Kläger den Schaden mit verursacht und mitverschuldet hat und (c) zwischen ihm und dem Kläger kein Vertragsverhältnis besteht und es auch keinen unmittelbaren Kontakt zwischen ihm und dem Kläger gegeben hat.

B. Schadensersatz

Im amerikanischen Produkthaftungsrecht gibt es außerdem wesentliche Besonderheiten bei der Art der Schadensersatzansprüche, die Kläger im Rahmen von Produkthaftungsfällen geltend machen können:

1. Kompensatorischer Schadensersatz

Der Kläger in einem amerikanischen Produkthaftungsfall kann zunächst – wie in den meisten Rechtsordnungen – Schadensersatz für seinen materiellen Schaden, wie zum Beispiel Arztkosten, Gehaltsverlust und Sachschäden geltend machen. Ein Schadensersatzanspruch besteht aber auch bei immateriellen Schäden, zum Beispiel bei Schmerzen oder bei psychischen Leiden.

Die wesentliche Besonderheit dieser Schadensersatzansprüche ist jedoch eher quantitativer als qualitativer Art: Die zugesprochenen Beträge übersteigen die in anderen Rechtsordnungen zu leistenden Schadensersatzzahlungen meist erheblich. In Fällen von schweren Körperverletzungen können durchaus Millionenbeträge zu

zahlen sein. Für diese hohen Schadensersatzansprüche werden zwei Hauptgründe angeführt: Das Geschworenensystem zum einen und das Fehlen eines Sozialsystems zum anderen, das vor bestimmten Risiken schützt, die ansonsten nur durch kompensatorische Schadensersatzleistungen ausgeglichen werden können.

2. Strafschadensersatz (*punitive damages*)

Der Zweck von Strafschadensersatz (*punitive damages*) besteht nicht darin, den Kläger zu entschädigen, sondern darin, den Schädiger zu bestrafen. Strafschadensersatz wird in der Regel nur dann zugesprochen, wenn der Schädiger absichtlich oder grob fahrlässig gehandelt hat.

Fast alle ausländischen Rechtsordnungen kennen das Institut des Strafschadensersatzes nicht. Auch wenn das Risiko von Strafschadensersatzzahlungen nicht groß sein mag, bedeutet doch die Möglichkeit, dass Strafschadensersatz in einem Rechtsstreit dem Kläger zugesprochen wird, einen wichtigen Unterschied für einen, auf dem amerikanischen Markt tätig werdenden ausländischen Unternehmer.

II. Das amerikanische Produkthaftungsrecht im Überblick

In einem amerikanischen Produkthaftungsrechtsstreit können Kläger ihre Ansprüche auf drei unterschiedliche Grundlagen stützen: auf Fahrlässigkeit, auf Garantieverletzung und auf die verschuldensunabhängige Produkthaftung (*strict products liability*), die Gefährdungshaftung für Produktfehler. In den meisten Produkthaftungsfällen kann der Kläger wählen, ob er seinen Anspruch auf eine, mehrere, oder all diese Grundlagen stützt.

A. Fahrlässigkeit

Jeder ist für sein eigenes fahrlässiges Handeln verantwortlich. Aus rechtlicher Sicht handelt ein Hersteller fahrlässig, wenn er im Rahmen des Herstellungsprozesses nicht mit der gleichen Sorgfalt und Umsicht und mit dem gleichen Sachverstand tätig wird, die von einem vernünftigen, sachverständigen und umsichtigen Hersteller zu verlangen ist. Es sind unzählige Sachverhalte denkbar, die einen Fahrlässigkeitsvorwurf bei der Herstellung von Produkten begründen können. Ob Fahrlässigkeit vorliegt, ist in der Regel eine Tatsachenfrage, die im amerikanischen Recht entweder vom Einzelrichter, oder – auf Wunsch der Parteien - von einer Jury, bestehend aus sechs bis zwölf Geschworenen aus einer bestimmten Gemeinde, entschieden wird.

B. Garantieverletzung

Beim Warenkauf werden im amerikanischen Recht ausdrückliche und konkludente Garantieversprechen unterschieden. Ein ausdrückliches Garantieversprechen wird allgemein definiert als schriftliche oder mündliche, produktbezogene Aussage des Verkäufers. Ein solches Garantieversprechen liegt beispielsweise vor, wenn ein Verkäufer behauptet, dass ein Produkt „sicher ist, sofern es nach der Gebrauchsanleitung des Herstellers verwendet wird." Ein ausdrückliches Garantieversprechen kann auch dadurch abgegeben werden, dass in schriftlichem Begleitmaterial oder in der Produktwerbung bestimmte Behauptungen aufgestellt werden. Dies ist etwa der Fall, wenn ein Motorenhersteller in Werbebroschüren seine Produkte als „sicher", „einfach", „verlässlich" und „gefahrlos" bezeichnet. Ein weiteres Beispiel: Wird dem Verbraucher ein Muster oder ein Modell gezeigt und entspricht das Produkt nicht diesem Muster oder Modell, hat der Verkäufer ein ausdrückliches Garantieversprechen gebrochen.

Es gibt zweierlei Arten konkludent abgegebener Garantieversprechen: die konkludente Garantie der allgemeinen Gebrauchstauglichkeit und Marktgängigkeit (*merchantability*) und die konkludente Garantie der Tauglichkeit für den konkreten Zweck (*fitness for a particular purpose*). Nach den Vorschriften des *Uniform Commercial Code (UCC)* gibt ein Kaufmann diese Garantieversprechen grundsätzlich bei allen Verkäufen im Rahmen seines Geschäftsbetriebs ab, es sei denn ein Ausschluss oder eine Einschränkung erfolgt ausdrücklich. Damit Waren allgemein gebrauchstauglich und marktgängig sind, müssen sie unter anderem ihrem typischen Verwendungszweck genügen, angemessen verpackt und etikettiert sein, müssen – wenn es sich um vertretbare Sachen handelt – durchschnittlich gute Qualität aufweisen und den Angaben entsprechen, die auf der Verpackung oder auf dem Etikett zu finden sind. Ein Verkäufer verletzt das konkludent abgegebene Garantieversprechen der Tauglichkeit für den konkreten Verwendungszweck, wenn er das Produkt in Kenntnis der Nichteignung für den beabsichtigten Verwendungszweck verkauft. Zu betonen ist, dass die konkludenten Garantieversprechen der allgemeinen Gebrauchstauglichkeit und Marktgängigkeit sowie der Tauglichkeit für den konkreten Zweck grundsätzlich nur schriftlich und in Übereinstimmung mit den Vorschriften des UCC ausgeschlossen oder eingeschränkt werden können.

C. Falschdarstellung (misrepresentation)

In Anbetracht anderer Schadensersatzanspruchsgrundlagen, insbesondere der gleich noch zu erörternden verschuldensunabhängigen Produkthaftung, kommt es relativ

selten vor, dass ein Schadensersatzanspruch wegen Falschdarstellung des Verkäufers zugesprochen wird. Es ist viel schwieriger zu beweisen, dass ein Verkäufer vorsätzlich oder bewusst fahrlässig falsche Aussagen über das Produkt gemacht hat, als einen fahrlässigen Konstruktionsmangel oder die Voraussetzungen der verschuldensunabhängigen Produkthaftung nachzuweisen. Es bleibt nichtsdestotrotz dabei, dass Hersteller oder Verkäufer nicht berechtigt sind, Falschaussagen über ihre Waren zu treffen. So haftete beispielsweise ein Verkäufer wegen bewusst fahrlässiger Falschdarstellung auf Schadenersatz, als die gebrauchte, zuvor von ihm als „tot" und „harmlos" bezeichnete Sodamaschine explodierte.

D. Verschuldensunabhängige Produkthaftung

Einer der führenden Experten auf dem Gebiet des amerikanischen Deliktsrechts definiert die verschuldensunabhängige Produkthaftung wie folgt:

„One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if (a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and (b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it was sold."*

Nach dieser weithin anerkannten Definition ist ein Produkt fehlerhaft, wenn es sich zum Zeitpunkt, zu dem es der Hersteller aus den Händen gibt, in einem Zustand befindet, mit dem der Endverbraucher nicht rechnen muss, und dieser Zustand das Produkt unverhältnismäßig gefährlich macht. Ein Produkt ist unverhältnismäßig gefährlich, wenn es in einem solchen Ausmaß Gefahren verursacht, dass ein gewöhnlicher Verbraucher, der das Produkt kauft oder nutzt, mit diesen Gefahren nicht mehr rechnen muss.

Die genaue Bestimmung der verschuldensunabhängigen Produkthaftung hängt vom konkreten Sachverhalt und dem im betreffenden Bundesstaat geltenden Recht ab. So wird beispielsweise im kalifornischen Recht nicht verlangt, dass das Produkt

* Jemand, der ein Produkt verkauft, das aufgrund eines Fehlers unverhältnismäßig gefährlich für die Nutzer oder die Konsumenten oder deren Vermögen ist, haftet für alle Personen- und Sachschäden, die den Endnutzern oder den Konsumenten entstehen, wenn (a) der Verkäufer das Produkt im Rahmen seines Geschäftsbetriebs verkauft und (b) das Produkt erwartungsgemäß den Nutzer oder den Konsumenten ohne wesentliche Veränderungen in dem Zustand erreicht, in dem es verkauft wurde.

unverhältnismäßig gefährlich ist. Ein Kläger hat dort vielmehr nach der verschuldensunabhängigen Produkthaftung schon dann einen Anspruch auf Schadensersatz, wenn er erfolgreich geltend macht, dass das Produkt bloß fehlerhaft war. Nach diesem Ansatz ist ein Produkt fehlerhaft konstruiert, wenn der Kläger beweist, dass entweder (1) das Produkt nicht den Sicherheitserwartungen eines gewöhnlichen Verbrauchers entspricht, die dieser bei einer zweckkonformen oder vernünftigerweise vorhersehbaren Nutzung hat, oder (2) die Konstruktionsweise des Produkts die unmittelbare Schadensursache war und der Beklagte nicht nachweisen kann, dass die mit der spezifischen Konstruktion des Produktes verbundenen Vorteile die damit verbundenen Gefahren überwiegen. Kurz gefasst, muss nach kalifornischem Recht ein Produkt den Sicherheitserwartungen eines gewöhnlichen Verbrauchers entsprechen, um nicht fehlerhaft zu sein. Dieser Ansatz hat das Recht vieler anderer Bundesstaaten beeinflusst. Kaum ein Bundesstaat hat ihn allerdings übernommen.

Die verschuldensunabhängige Produkthaftung ist bei Klägern insbesondere wegen der Beweislastverteilung beliebt. Der Kläger muss nur beweisen, dass er durch ein Produkt geschädigt wurde, das aufgrund eines beim Verkauf vorhandenen Fehlers unverhältnismäßig gefährlich war. Gelingt ihm dieser Beweis, spielt es keine Rolle, ob der Hersteller die bei der Herstellung des Produkts gebotene Sorgfalt hat walten lassen, oder ob der Kläger selbst fahrlässig gehandelt hat. Die verschuldensunabhängige Produkthaftung knüpft an den Zustand und die Art eines Produktes an, nicht dagegen an das Verhalten des Beklagten. Dementsprechend ist es ebenfalls bedeutungslos, ob zwischen dem Verletzten und dem Verkäufer ein Vertragsverhältnis bestand. Zum Beispiel kann der Hersteller eines Einzelteils, das in ein Produkt eingebaut wird, haftbar sein, selbst wenn er mit dem Endnutzer des Produktes nie in Kontakt getreten ist.

Die verschuldensunabhängige Produkthaftung kann andererseits nicht mit einer Garantiehaftung gleichgesetzt werden. Der Hersteller ist nicht Versicherer aller Schäden, die durch seine Produkte verursacht werden. Die Existenz der verschuldensunabhängigen Produkthaftung wird damit gerechtfertig, dass ein Hersteller fast immer über bessere Mittel als der Verbraucher verfügt, um die wirtschaftlichen Folgen der Unfälle zu tragen, die durch fehlerhafte Produkte verursacht werden. In den Vereinigten Staaten gehört die wirtschaftliche Verantwortlichkeit für solche Folgen zu den Kostenfaktoren, die mit einem dortigen geschäftlichen Tätigwerden und einer Gewinnerzielung verbunden sind. Es kann daher nicht damit gerechnet werden, dass es Gerichte für unbillig erachten, Hersteller für Schäden, die ihre in den Verkehr gebrachten Produkte anrichten,

wirtschaftlich zur Verantwortung zu ziehen. Die meisten Gerichte haben vielmehr entschieden, dass es wegen des Grundprinzips der verschuldensunabhängigen Produkthaftung gerechtfertigt ist, einen Hersteller haften zu lassen, ohne dass es auf die Tragbarkeit des Verhaltens des Herstellers ankommt.

Ansprüche, die auf verschuldensunabhängiger Produkthaftung basieren, können drei allgemein anerkannten Fallgruppen zugeordnet werden: (1) bei dem Produkt hat es sich um einen Ausreißer gehandelt, es liegt also ein Herstellungsfehler vor, (2) das Produkt ist fehlerhaft konstruiert, so dass es in unverhältnismäßiger Weise Gefahr verursacht, oder (3) der Hersteller hat nicht ausreichend vor den mit dem Produkt verbundenen Gefahren gewarnt.

E. Herstellungsfehler

Ein Herstellungsfehler liegt vor, wenn das Produkt eine vom Hersteller nicht vorgesehene Eigenschaft aufweist und dadurch Schaden verursacht. Dazu wurde kürzlich in einer Zeitschrift für amerikanisches Produkthaftungsrecht ausgeführt:

„By their very nature, these types of defects consist of qualitative deficiencies in the product involved compared with other kindred products produced by the same manufacturer. A product is defective if it fails to match the average quality of like products. These defects are of a type that are unintended by the manufacturer. Such unintended defects include missing parts, inferior parts, and impure ingredients."*

Der Beweis, dass ein Herstellungsfehler vorlag kann der Kläger auf zwei unterschiedliche Arten erbringen, nämlich durch unmittelbaren Beweis (*direct evidence*) oder Anscheinsbeweis (*circumstancial evidence*). Mit einem unmittelbaren Beweis weist der Kläger den konkreten Fehler nach, also zum Beispiel, dass die Metallurgie einer Kupplung defekt ist. Bei einem Anscheinsbeweis weist der Kläger dagegen Tatsachen nach, aus deren Vorliegen das Gericht nach der Lebenserfahrung auf das Vorliegen anderer Tatsachen schließen kann. Diese Art von Beweis findet man häufig, wenn der Kläger nicht in der Lage ist, einen bestimmten Fehler bei einem schadensverursachenden Produkt festzustellen, aber nachweisen kann, dass das Produkt nicht so funktioniert hat wie man angesichts seiner Art und seiner Zweckbestimmung vernünftigerweise hätte erwarten dürfen.

---

* Diese Art von Fehlern beruht auf Qualitätsdefiziten des betroffenen Produkts im Vergleich zu anderen, gleichartigen Produkten des gleichen Herstellers. Ein Produkt ist fehlerhaft, wenn es nicht der durchschnittlichen Qualität derartiger Produkte entspricht. Derartige Fehler sind vom Hersteller nicht beabsichtigt. Zu ihnen zählen fehlende Teile, minderwertige Teile und unreine Inhaltsstoffe.

F. Konstruktionsfehler

Die wesentliche Frage in einem Prozess, in dem das Vorliegen eines Konstruktionsfehlers behauptet wird, ist, ob die normale Verwendung eines Produkts konstruktionsbedingt mit unverhältnismäßigen Gefahren für den Nutzer oder Konsumenten verbunden ist. Um aufgrund eines Konstruktionsfehlers Schadensersatz verlangen zu können, muss der Kläger beweisen, dass das Produkt – so wie es konstruiert wurde – unverhältnismäßig gefährlich und deshalb „fehlerhaft" ist und dass dieser Fehler seinen Schaden verursacht hat. Die Gerichte haben sich sehr schwer damit getan, dies näher zu konkretisieren. Über die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Produkt einen Konstruktionsfehler aufweist, wird in Produkthaftungsprozessen wohl mit am heftigsten gestritten. Einige Bundesstaaten haben versucht, praktisch handhabbare Kriterien zu entwickeln, anhand derer in Produkthaftungsfällen mit oftmals komplizierten Sachverhalten entschieden werden kann, ob ein Konstruktionsfehler vorliegt.

In manchen Bundesstaaten weist ein Produkt dann einen Konstruktionsfehler im Sinne der verschuldensunabhängigen Produkthaftung auf, wenn erwiesen ist, dass die Konstruktionsweise das Produkt unverhältnismäßig gefährlich macht. In anderen Bundesstaaten wird zwischen den mit dem Produkt verbundenen Gefahren und dessen Nutzen und Kosten abgewogen: überwiegen die Gefahren, weist das Produkt einen Konstruktionsfehler auf. In wieder anderen Bundesstaaten weist ein Produkt dann einen Konstruktionsfehler auf, wenn die von ihm ausgehende Gefahr ein Ausmaß erreicht, mit dem ein gewöhnlicher Verbraucher nicht rechnet. In manchen Bundesstaaten kann ein Kläger das Vorliegen eines Konstruktionsfehlers schließlich auch dadurch nachweisen, dass er andere Konstruktionsmöglichkeiten aufzeigt, die verfügbar, sicherer und auch – angesichts der Kosten des Produkts, dessen Gesamtkonstruktion und dessen Funktionsweise – praktikabel gewesen wären. Welche dieser Auslegungen Anwendung findet, bestimmt sich danach, in welchem Bundesstaat der Rechtsstreit geführt wird.

G. Warnpflicht

Eine andere wichtige Grundlage, auf die eine verschuldensunabhängige Produkthaftung gestützt werden kann, ist das Versäumnis, die Verbraucher vor Gefahren des Produkts zu warnen. In Produkthaftungsprozessen wird eine Verletzung der Warnpflicht heutzutage wohl am häufigsten geltend gemacht. Selbst wenn ein Produkt fehlerfrei konstruiert, hergestellt und montiert wurde, kann der Hersteller oder der

Verkäufer für Schäden haften, die bei bestimmungsgemäßer oder vorhersehbarer Verwendung des Produkts eintreten, wenn er nicht vor den möglichen Gefahren des Produkts gewarnt und angemessene Sicherheitshinweise gegeben hat.

Grundsätzlich sind Hersteller und Verkäufer dazu verpflichtet, die Nutzer und Konsumenten auf den Produktetiketten und in Gebrauchsanleitungen auf alle Eigenschaften des Produktes hinzuweisen, die Verletzungen oder Schäden verursachen können. Der Hersteller ist auch verpflichtet, das Produkt auf Gefahrenpotential zu prüfen. Gleiches gilt für etwaige Bauteile des Produkts, die er von anderen Herstellern bezieht. Daraus folgt auch die Pflicht des Herstellers, das Produkt zu testen, wenn Tests notwendig erscheinen, um die Sicherheit des Produktes zu gewährleisten. Der Umfang der Prüf- und Testpflichten des Herstellers hängt vom Einzelfall ab.

Gleichermaßen hängt auch der Umfang der Pflicht, vor Gefahren eines Produktes zu warnen, vom Einzelfall und insbesondere dem konkreten Produkt ab. Grundsätzlich sind Hersteller und Verkäufer dazu verpflichtet, vor den mit dem Produkt verbundenen Gefahren zu warnen, die ihnen bekannt sind, oder die sie hätten kennen müssen. Sie haften wegen Verletzung der Warnpflicht, wenn sie wussten oder hätten wissen können, dass das Produkt bei bestimmungsgemäßer Verwendung gefährlich ist und wenn den Verwendern des Produkts diese Gefahren nicht klar sind. Es ist oft darum prozessiert worden, wie gefährlich ein Produkt sein muss, damit eine Warnpflicht besteht. Die Pflicht erlischt jedenfalls nicht allein deshalb, weil es bei der Verwendung des Produkts nur in seltenen Fällen zu Schäden kommt. Unterlässt es ein Hersteller absichtlich, vor Gefahren des Produkts zu warnen, kann dies dazu führen, dass auch Strafschadensersatz gefordert werden kann.

Macht ein Kläger einen Schadensersatzanspruch wegen verschuldensunabhängiger Produkthaftung aufgrund Warnpflichtverletzung geltend, wird als erstes geprüft, ob der Beklagte überhaupt verpflichtet war, den Kläger zu warnen. Steht dies fest, geht es darum, ob aus der Begleitinformation zum Produkt tatsächlich deutlich wird, welche Gefahren mit der üblichen Verwendung des Produkts verbunden sind. Ist eine Warnung erforderlich, muss diese so deutlich sein, dass einem durchschnittlich verständigen Nutzer Art und Ausmaß der Gefährdung bewusst werden.

Die Pflichten des Herstellers erlöschen nicht mit dem Verkauf des Produkts. Er muss die Produktnutzer auch nach dem Verkauf warnen, und zwar auch dann, wenn der Fehler erst später auftritt und der Hersteller davon erfährt bzw. sich so behandeln lassen muss, als ob er davon erfahren hätte. Der Hersteller kann daher haften, wenn

er nach dem Verkauf eine Gefahr – zum Beispiel aufgrund gemeldeter Unfälle oder in Bezug auf das Produkt vorgetragener Beschwerden - hätte erkennen müssen und es unterlässt, im gebotenen Maß davor zu warnen. Aufgrund dieser fortbestehenden Pflicht ist es unerlässlich, ordnungsgemäße Aufzeichnungen zu führen. Der Hersteller sollte nicht nur allen Beschwerden, die das Produkt betreffen, nachgehen, sondern auch - nachdem er Rechtsrat eingeholt hat - die Produktnutzer warnen, wenn dies erforderlich ist. Auf welche Weise gewarnt werden muss, hängt von der Art des Produkts und des Fehlers ab und ist von Fall zu Fall anhand der konkreten Umstände zu entscheiden. Betrifft die Warnung beispielsweise die Betriebsweise einer Maschine, kann eine Ergänzung der Betriebsanleitung erforderlich werden.

III. Verteidigungsstrategien

Obwohl das Institut der verschuldensunabhängigen Produkthaftung grundsätzlich den Kläger bevorteilt, stehen dem Hersteller eine Reihe von Verteidigungsmitteln zur Verfügung. Zu diesen zählen zum Beispiel der Einwand fehlender Kausalität, der so genannte Stand-der-Technik-Einwand sowie Verjährung und Klageausschluss.

A. Fehlende Kausalität

Obwohl der Einwand fehlender Kausalität dogmatisch gesehen kein echtes Verteidigungsmittel darstellt, kann mit ihm oftmals ein Anspruch aus verschuldensunabhängiger Produkthaftung erfolgreich abgewehrt werden. Bei einem Anspruch aus verschuldensunabhängiger Produkthaftung muss der Kläger darlegen (und in der Regel beweisen), dass der Produktfehler für den von ihm erlittenen Schaden ursächlich gewesen ist. Dies bedeutet grundsätzlich, dass der Schadenseintritt durch eine ununterbrochene Kette aufeinander beruhender Ereignisse auf das Versagen des fehlerhaften Produkts zurückgeführt werden können muss. In den meisten Bundesstaaten muss der Kläger jedoch nicht darlegen, dass das fehlerhafte Produkt die alleinige Ursache war. Es reicht aus, wenn der Kläger beweist, dass das Produkt fehlerhaft war und dass dieser Fehler den Schaden mindestens mitverursacht hat. Kausalitätsfragen sind in der Regel Sachverhaltsfragen, über die die Geschworenen entscheiden. Kausalität kann nicht auf bloße Vermutungen gestützt werden. Versäumt es daher der Kläger, die Kausalität unter ausreichenden Beweis zu stellen, kann dies zur Klageabweisung führen.

B. Stand der Technik

In manchen Bundesstaaten entfällt eine Haftung des Beklagten, wenn er das Produkt allen nach dem Stand der Technik zur Verfügung stehenden Testverfahren unterzogen hat bevor es in den Verkehr gebracht wurde. „Stand der Technik" bezeichnet dabei das zu einem bestimmten Zeitpunkt vorhandene wissenschaftliche und technische Wissen. Dieser Einwand wird insbesondere dann vorgebracht, wenn der Kläger seinen Anspruch auf mechanische Defekte des Produkts stützt.

In anderen Bundesstaaten kann mit dem Beweis, dass das Produkt dem Stand der Technik entspricht, gleichzeitig der Beweis erbracht werden, dass das Produkt nicht fehlerhaft ist. In manchen Bundesstaaten, zum Beispiel in Illinois, ist der Stand-der-Technik-Einwand dagegen insgesamt ausgeschlossen.

C. Verjährung

Der Verjährung kommt deshalb eine wesentliche Bedeutung zu, weil sie – wird sie erfolgreich in einem frühen Verfahrensstadium geltend gemacht – den Rechtstreit beendet, ohne dass ein mit Kosten und Mühen verbundenes Beweis- und Gerichtsverfahren durchgeführt werden muss. Das Risiko der Verjährung bedeutet für einen Kläger im Wesentlichen, dass er nach Entstehen des Anspruchs binnen einer gesetzlich festgelegten Frist Klage erheben muss. Die Länge dieser Frist unterscheidet sich von Bundesstaat zu Bundesstaat und hängt auch von der Klageart ab.

Oft ist es schwierig zu bestimmen, welche Verjährungsvorschrift anwendbar ist und wann der Lauf der Frist begonnen hat. In vielen Bundesstaaten wird der so genannte Entdeckungsgrundsatz angewandt: Danach beginnt die Frist nicht zu laufen, solange der Kläger nicht entdeckt hat, dass sein Schaden durch das Produkt verursacht wurde, da erst ab diesem Zeitpunkt ein deliktsrechtlicher Anspruch gegeben ist. Ist ein Anspruch nach der verschuldensunabhängigen Produkthaftung verjährt, folgt daraus jedoch nicht automatisch, dass ebenfalls keine Ansprüche mehr aufgrund von Fahrlässigkeit oder aus Garantieverletzung geltend gemacht werden können. Darüber hinaus wird der Fristenlauf gehindert, wenn der Kläger bei Entstehen des Anspruchs unzurechnungsfähig oder minderjährig ist oder wenn der Beklagte arglistig verhindert, dass dem Kläger das Bestehen eines realisierbaren Anspruchs bewusst wird.

D. Klageausschluss

Aufgrund der steigenden Kosten für die gesetzlich vorgeschriebene Produkthaftpflichtversicherung sieht das Recht vieler Bundesstaaten neben der Verjährung einen gesetzlichen Klageausschluss vor. Dieser gesetzliche Klageausschluss

führt dazu, dass nach einer bestimmten Frist ein Anspruch aus verschuldensunabhängiger Produkthaftung nicht mehr geltend gemacht werden kann. Auf diese Art und Weise werden das Risiko und die Unsicherheit hinsichtlich des Bestehens einer Haftung für Produkte, die vor langer Zeit in den Verkehr gebracht wurden, begrenzt. Die Ausschlussfrist beginnt – je nach Bundesstaat – am Tag der Herstellung, des Verkaufs oder der Lieferung des Produktes. Auch die Fristenlänge ist von Bundesstaat zu Bundesstaat verschieden. In vielen Bundesstaaten erfasst der Klageausschluss aber nur Ansprüche aufgrund der verschuldensunabhängigen Produkthaftung, nicht dagegen auf Fahrlässigkeit beruhende Produkthaftung.

E. Risikoübernahme und Mitverschulden

Eine Risikoübernahme durch den Kläger oder dessen Mitverschulden müssen vom Beklagten dargelegt und bewiesen werden. Gelingt ihm dies, so entfällt in einigen Bundesstaaten seine Haftung insgesamt. Andere Bundesstaaten folgen Konzepten des verhältnismäßigen Mitverschuldens (*pure comparative fault*) oder des überwiegenden Mitverschuldens (*modified comparative fault*), das von den Geschworenen beurteilt wird. Bei einem Konzept des verhältnismäßigen Mitverschuldens, kann der Kläger auch bei einem Mitverschulden von 99% noch 1% seines Schadens ersetzt verlangen. Bei einem Konzept des überwiegenden Mitverschuldens führt dagegen ein Mitverschulden zu mehr als 50% zum vollständigen Haftungsausschluss. Für eine Risikoübernahme oder ein Mitverschulden gegeben muss der Beklagte darlegen und beweisen, dass der Kläger den schadensverursachenden Produktfehler gekannt hat, sich der möglichen Gefahr bewusst gewesen ist, die bei der Verwendung des Produkts bestand und sich trotzdem und unvernünftiger Weise dieser Gefahr ausgesetzt hat. Es reicht nicht aus, wenn der Kläger sich allgemein über die Gefährlichkeit des Produkts im Klaren war. An einem Mitverschulden fehlt es, wenn dem Kläger nur ein Versehen unterlaufen ist. Da Risikoübernahme und Mitverschulden voraussetzen, dass der Kläger bewusst auf eigene Gefahr handelt, scheiden diese Verteidigungsmittel praktisch aus, sobald der verletzte Kläger das Produkt überhaupt nicht verwendet hat, sondern nur zufällig verletzt wurde.

Der Richter oder die Geschworenen dürfen bei der Entscheidung, ob eine Risikoübernahme oder ein Mitverschulden vorliegt, auch individuelle Erfahrungen und Fähigkeiten des Klägers berücksichtigen und untersuchen, inwieweit der Kläger in der Lage war, den Fehler zu erkennen.

Oftmals werden im Rahmen der Sachverhaltsermittlung Gebrauchsanweisungen oder andere Unterlagen und Schriftstücke entdeckt, die belegen, dass der Verwender Kenntnis des betreffenden Produktfehlers hatte. Aus der Sicht des Herstellers oder des Händlers ist es daher wichtig, die Verwender unverzüglich über alle bei einem Produkt entdeckten Fehler klar zu informieren. Wird das Produkt nach einer solchen klaren Mitteilung weiter benutzt, bestehen gute Chancen, sich gegen einen Anspruch aufgrund verschuldensunabhängiger Produkthaftung erfolgreich verteidigen zu können.

F. Zweckentfremdung

Ein Produkt wird zweckentfremdet, wenn es auf eine Art und Weise verwendet wird, die vom Hersteller nicht beabsichtigt und für ihn auch nicht vorhersehbar war. Nach dem Recht mancher Bundesstaaten kann die Zweckentfremdung des Produkts als Verteidigungsmittel geltend gemacht werden. Sie ist vom Beklagten darzulegen und zu beweisen. Nach dem Recht anderer Bundesstaaten gehört es schon zu den Voraussetzungen eines Produkthaftungsanspruches, dass das Produkt zweckkonform verwendet wurde, so dass dort den Kläger die Darlegungs- und Beweislast trifft. Letztlich geht es um Kausalitäts- und Zurechnungsfragen: Bei einer vom Hersteller nicht beabsichtigten und nicht vorhersehbaren Verwendung des Produkts kann der beim Kläger eingetretene Schaden nicht mehr dem Produkt zugerechnet werden.

G. Die Verkäufer- und Vertragshändlerausnahme

Nach dem Recht einiger Bundesstaaten wird die Klage aus verschuldensunabhängiger Produkthaftung gegen den Verkäufer, den Vertragshändler oder gegen sonstige Personen, die das Produkt nicht hergestellt haben, abgewiesen, wenn diese den Hersteller des betreffenden Produkts benennen. Wie schon oben beim Klageausschluss dargelegt, erfasst dies aber nur Ansprüche aus verschuldensunabhängiger Produkthaftung, nicht dagegen Ansprüche wegen Fahrlässigkeit oder Garantieverletzung. Kann der Kläger nach einer solchen Klageabweisung jedoch darlegen, dass eine Inanspruchnahme des Herstellers vor dem Gericht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen scheitert, kann das Gericht das Verfahren gegen den Verkäufer, den Vertragshändler oder die sonstigen Personen wieder aufnehmen. Die Klage wird auch dann nicht abgewiesen, wenn feststeht, dass der Beklagte (i) die Konstruktion oder den Herstellungsprozess des Produkts wesentlich mitbestimmt hat, (ii) dem Hersteller Anleitungen oder Warnungen in Bezug auf den betreffenden Produktfehler zur Verfügung gestellt hat, (iii) von dem Produktfehler wusste oder (iv) diesen selbst herbeigeführt hat.

H. Herstellung nach Anleitung

Manche Bundesstaaten ermöglichen Herstellern, sich gegen eine auf die verschuldensunabhängige Produkthaftung gestützte Klage mit dem Nachweis zu verteidigen, dass sie das Produkt in Übereinstimmung mit Vorschriften Dritter, etwa einer Behörde, hergestellt haben. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn die entsprechenden Vorschriften offensichtlich falsch und gefährlich waren, so dass ihnen nicht hätte gefolgt werden dürfen.

IV. Vermeiden von Produkthaftungsklagen

Ein Hersteller sollte versuchen, Produkthaftungsklagen von vornherein zu vermeiden. Dies lässt sich am besten durch eine sorgfältige Qualitätskontrolle sowie durch Überwachung des Herstellungsprozesses sowie des Vertriebs und Verkaufs erreichen. Jeder Hersteller sollte mit allen behördlichen und technischen Standards vertraut sein, die seine Produkte betreffen. Das *US National Standards Institute* veröffentlicht solche Standards für zahlreiche Produkte. Viele Standards finden sich auch im *Occupational Safety & Health Act* (*OSHA*) und für Verbrauchsgüter im *Consumer Products Safety Act* (*CPSA*).

A. Qualitätskontrolle und Überwachung von Herstellungsprozess, Vertrieb und Verkauf

Der Hersteller sollte alle Anleitungen, Spezifikationen und sonstigen Dokumente, die er von Vorlieferanten oder Kunden betreffend Art, Güte, Konstruktion und Einbau von Bestandteilen erhält, sorgfältig aufbewahren. Wenn möglich, sollte der Hersteller bestimmten Mitarbeitern eine schriftliche Anleitung zur Qualitätskontrolle aushändigen. Werden detaillierte Aufzeichnungen zur Qualitätskontrolle verlegt oder gehen sie verloren, kann zumindest unter Bezugnahme auf die Anleitung der Beweis versucht werden, dass die in der Anleitung enthaltenen Anweisungen zur Qualitätskontrolle üblicherweise befolgt wurden. Die schriftliche Anleitung sollte regelmäßig aktualisiert und überarbeitet werden. Das Original und alle Überarbeitungen sind zu archivieren, um zu belegen, dass das Unternehmen stets bemüht ist, bei technischen Verbesserungen und sich ändernden Standards immer auf dem neuesten Stand zu sein. Alle Bestandteile des Produktes, alle Rohstoffe und Baugruppen sowie das fertige Produkt, dessen Verpackung, Lagerung und Versendung sollten stichprobenweise kontrolliert werden, am besten von einer eigenen Abteilung für Qualitätskontrolle. Auf diese Art und Weise kann das Risiko von Produkthaftungsfällen deutlich reduziert werden.

B. Warnungen, Garantien und Gewährleistungsversprechen und Gebrauchsanweisungen

Bevor für ein Produkt Garantien oder Gewährleistungsversprechen abgegeben werden, muss vom technischen Personal und von den Rechtsberatern des Unternehmens geprüft werden, welche rechtlichen Wirkungen damit verbunden sind, insbesondere, welche rechtlichen Pflichten durch sie begründet werden. Garantien und Gewährleistungsversprechen sollten dem anwendbaren Recht entsprechen. Wird die Haftung für Folgeschäden ausgeschlossen, muss dies deutlich sein und darf selbstverständlich ebenfalls nur in rechtlich zulässigem Maße geschehen. Das Verkaufspersonal ist anzuweisen, keine Garantien oder Gewährleistungsversprechen über die Leistungsfähigkeit des Produktes abzugeben. Dabei ist zu beachten, dass nach manchen Gesetzen, zum Beispiel nach dem *Uniform Commercial Code*, auch Anpreisungen schon als ausdrückliches Gewährleistungsversprechen angesehen werden können.

Die einzelnen Abteilungen beim Hersteller sollten untereinander abstimmen, welche Warnungen, Etiketten und Anleitungen auf dem Produkt angebracht oder den Kunden zugeschickt werden müssen. Die Kunden sollten über alle Sicherheitsverbesserungen, technischen Verbesserungen und Gefahrenquellen informiert werden. Bedienungsanleitungen sollten nicht nur den sicheren Betrieb beschreiben und veranschaulichen, sondern auch auf gefährliche Betriebsformen und ihre möglichen Folgen hinweisen. Warnungen sollten ausdrücklich und eindeutig formuliert und in einem separaten Kapitel enthalten sein, welches die korrekte und falsche Anwendung und Wartung des Produkts behandelt. Bedienungsanleitungen sollten den Käufer weiterhin dazu anhalten alle Sicherheitshinweise auch an die Personen weiterzuleiten, die das Produkt tatsächlich verwenden. In vielen Produkthaftungsfällen ist das Management ordnungsgemäß informiert und gewarnt worden, hat aber diese Warnungen gerade nicht an die tatsächlichen Verwender des Produkts weitergegeben. Das schriftliche Begleitmaterial sollte auch auf die etwaige Erforderlichkeit einer regelmäßigen Inspektion oder Wartung hinweisen und den Kunden dazu anhalten, sich mit dem Hersteller in Verbindung zu setzen, falls Fehlfunktionen beobachtet werden. Auch das Wartungs- und Verkaufspersonal sollte entsprechend informiert werden.

C. Produktbeobachtung und Unterrichtung der Käufer

Der Hersteller sollte die ihm bekannten Kunden über neue Standards und technische Verbesserungen, die die Sicherheit des Produkts betreffen, ordnungsgemäß und

sorgfältig informieren. Manche Hersteller versenden Informationsschreiben per Einschreiben mit Rückschein oder sie veranlassen, dass ihr Vertriebspersonal den Kunden aktuelle Sicherheitsinformationen gegen Empfangsbestätigung aushändigt.

Es sollte auch eine Verfahrensweise für den Fall festgelegt werden, dass die Verwender des Produkts vor später entdeckten Gefahren gewarnt werden müssen. Bevor Rückrufaktionen gestartet werden, sollten jedoch deren Folgen sorgfältig analysiert werden.

D. Aufbewahrung von Unterlagen

Den Parteien stehen im Falle eines Rechtsstreits in den Vereinigten Staaten weit reichende Mittel zur Sachverhaltsermittlung zur Verfügung. Gute klägerische Anwälte nutzen diese Mittel bei Produkthaftungsfällen in der Regel dazu, sich sämtliche Korrespondenz und Aufzeichnungen, die das Produkt betreffen, vorlegen zu lassen. Daher sollten die beim Hersteller für Sicherheits- und Qualitätsfragen Verantwortlichen ein Verzeichnis aller Testergebnisse, Beschwerden, Unfallmeldungen, Qualitätskontrollberichten sowie ein Register aller behördlichen und sonstigen Sicherheitsstandards führen. Insbesondere sollten Kundenbeschwerden unverzüglich an die technischen Abteilungen und die Produktionsabteilungen weitergeleitet werden, damit diese das Problem untersuchen können, bevor es zu einem Rechtsstreit kommt. Sobald eine Beschwerde oder eine Unfallmeldung eingeht, sind alle Qualitätskontroll- und Testberichte, alle Rechnungen, Broschüren, technischen Hinweise, Warnungen und Sicherheitsmitteilungen und alle sonstigen das Produkt betreffenden Dokumente unverzüglich zusammen- und sicherzustellen.

Die unterschiedlichen Abteilungen eines Unternehmens sollten die Warnungen, Etiketten und Produktanleitungen, die dem Kunden übergeben werden, miteinander abstimmen. Außerdem sollte ein Verfahren eingerichtet werden, nach dem die Kunden über technische und sicherheitsbezogene Verbesserungen durch den Hersteller oder Dritte auf dem Laufenden gehalten werden. Manche Hersteller, die in der Vergangenheit wegen Verletzung der Warnpflicht verklagt wurden, geben nun auf ihren Rechnungen an, dass dem Produkt Warnaufkleber, Sicherheitsbeschreibungen und -hinweise oder Ähnliches beigefügt wurden. Ein Stanzmaschinenhersteller fotografiert sogar jede Maschine einschließlich der beigefügten Sicherheitshinweise vor dem Versand. Denkbar ist es auch, sich von den Kunden nicht nur den Erhalt des Produkts, sondern auch den Erhalt der Sicherheitshinweise schriftlich bestätigen zu lassen. Sicherheits- und Warnhinweise, Etiketten, Werbung und Bedienungsanleitung sollten regelmäßig geprüft und, wenn nötig, aktualisiert werden.

Es ist ratsam, die Verantwortung für die Aufbewahrung der Unterlagen einer Person zu übertragen. Diese Aufgabe darf nicht unterschätzt werden. Oftmals hängt der Ausgang eines Prozesses davon ab, ob diese Unterlagen zur Verfügung stehen oder nicht.

E. Zusammenfassung

Die wesentlichen Punkte, die zu beachten sind, um das Risiko einer Produkthaftung zu minimieren, sind:

- Bundesrecht und das Recht der Bundesstaaten sind strikt zu befolgen.
- Soweit geboten, sind klare und verständliche Warnhinweise zu geben.
- Es sind verschuldensunabhängige Qualitätskontrollprozesse einzurichten, um die Produktsicherheit zu gewährleisten; die Kontrollen sind ordnungsgemäß zu dokumentieren.
- Eine sorgfältige Dokumentation kann die Erfolgsaussichten im Falle eines Rechtsstreites erheblich verbessern.
- Umgekehrt können vorschnelle Einlassungen und Überreaktionen die Verteidigung erheblich erschweren.
- Verkaufs- und Marketingmitarbeiter sowie die Mitarbeiter in der Forschung müssen geschult und überwacht werden.

V. Fazit

In Produkthaftungsfällen können relativ hohe Schadensersatzsummen erreicht werden. Schadensersatzzahlungen in Millionenhöhe – vor 30 Jahren noch die Ausnahme – sind heute an der Tagesordnung. Gerichte in Illinois, Kalifornien oder Texas haben schon Beträge von mehr als $ 50.000.000, in Einzelfällen sogar schon von mehr als $ 100.000.000, zugesprochen. Aber: Gegen eine Produkthaftungsklage gibt es durchaus Verteidigungsmöglichkeiten. Am besten ist es allerdings immer noch, ein Produkt herzustellen, das bei seiner zweckentsprechenden oder vorhersehbaren Verwendung ausreichend sicher ist. Ein sicherheitsbedachter Hersteller sollte darüber hinaus seine Händler und die Endkunden laufend auf Sicherheitsverbesserungen und technische Verbesserungen hinweisen.

Seit kurzem tendieren Rechtsprechung und Gesetzgebung dazu, dem Verletzten Schadensersatz unabhängig davon zu gewähren, ob der Schaden vom Hersteller oder vom Verkäufer schuldhaft verursacht wurde. Dem liegt die Überlegung

zugrunde, dass es dem Hersteller und dem Verkäufer, bei denen es sich in der Regel um Unternehmen handelt, finanziell eher zugemutet werden kann, den Schaden zu tragen. Die Ausweitung der nach dem Delikts- und Produkthaftungsrecht bestehenden Anspruchsgrundlagen führt dazu, dass das Recht immer unberechenbarer wird und sich Risiken nur schwer abschätzen lassen. Diese Unsicherheit wird aber zumindest teilweise dadurch gemildert, dass verstärkt Verjährungs- und Klageausschlussfristen geschaffen und Mitverschuldenskonzepte eingeführt werden.

Schließlich ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass das amerikanische Recht auf Gesetzesrecht, vor allem aber auf der Rechtsprechung und auf Präzedenzfällen basiert. Es ist daher in besonderem Maß einem steten Wandel unterworfen, so dass die vorstehenden Ausführungen eine individuelle Beratung keinesfalls ersetzen können.

Kapitel 6
Arbeit und Beschäftigung

Das US-amerikanische Arbeitsrecht behandelt ausländische Arbeitgeber und US-amerikanische Unternehmen grundsätzlich gleich. Für Arbeitgeber, die aus dem Ausland stammen, gibt es nur wenige besondere Ausnahmen in den Antidiskriminierungsgesetzen. Aus diesem Grunde muss ein ausländisches Unternehmen unzweifelhaft sowohl seine Verhaltensrichtlinien als auch sein Personalmanagement dem US-amerikanischen Recht anpassen.

I. Potentielle Haftung bei der Kündigung von Arbeitnehmern in den Vereinigten Staaten

Die meisten beschäftigungsbezogenen Klagen resultieren aus der Kündigung von Arbeitnehmern. Um diese Klagen zu vermeiden, müssen ausländische Arbeitgeber und ihre Führungskräfte ein Verständnis für die rechtlichen Risiken haben, mit denen das Kündigungsverfahren behaftet ist. Über das insoweit anwendbare Recht gibt Kapitel 6 einen Überblick.

A. Die Beschäftigung „At-Will"

Auch wenn die Vereinigten Staaten bestimmte Arbeitnehmerschutzrechte haben, verfügen die Arbeitnehmer im Zusammenhang mit einer Kündigung allgemein nur über begrenzte Rechte, soweit man dies mit anderen Staaten vergleicht. Der primäre Grund dafür liegt in einem Rechtsverständnis, das als Beschäftigung „At-Will" (*At-Will Employment Rule*) bekannt ist. Nach diesem Rechtsgrundsatz kann ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer aus jedem Grund und zu jeder Zeit fristlos kündigen. Die Kündigung kann ausgesprochen werden, ohne dass irgendeine finanzielle Verpflichtung gegenüber dem entlassenen Arbeitnehmer folgen würde. Auf den Punkt gebracht arbeitet der Arbeitnehmer nach dem Willen des Arbeitgebers. Wie nicht anders zu erwarten, kann die *At-Will-Regel Employment Rule* in ihrer täglichen Anwendung sehr schroff sein. Jedoch haben Ausnahmen zu der *At-Will Employment Rule* die Doktrin beständig bis zu dem Punkt erodiert, dass Arbeitgeber bedeutsamen rechtlichen Beschränkungen in Bezug auf ihre Fähigkeit, Arbeitnehmer zu entlassen, unterliegen.

B. Arbeitsverträge und Vertragstheorien

Die erste und wichtigste Ausnahme zu der *At-Will* Beschäftigungsdoktrin ist ein Vertrag, der das absolute Recht des Unternehmens, den Arbeitnehmer zu kündigen, begrenzt. Auch wenn schriftliche Arbeitsverträge relativ selten auf der Ebene des mittleren Managements oder auch darunter in den Vereinigten Staaten anzutreffen sind, sind solche Verträge auf der Ebene leitender Angestellter und Schlüsselmitarbeiter verbreitet. Wenn Arbeitsverträge befristet sind (z.B. eine Anstellung für zwei Jahre), können die Arbeitnehmer im Allgemeinen nur aus besonderem Grund (*good cause* oder *just cause*) gekündigt werden, wenn nicht der Arbeitsvertrag selbst die Voraussetzungen der Kündigung regelt. Von den Tarifvertragsparteien ausgehandelte Arbeitsverträge für gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer sind in Bezug auf diese Kündigungsvoraussetzungen ähnlich, auch wenn sich im Detail Unterschiede finden.

Es ist auch möglich, dass ein spezieller Arbeitsvertrag durch ein *oral handshake* begründet wird. Versichert etwa ein Manager gegenüber einem Arbeiter, „Du wirst so lange eine Arbeit hier haben, wie deine Arbeit akzeptabel ist", kann dies in einzelnen Bundesstaaten eine besondere arbeitsvertragliche Beziehung mit dem Arbeitnehmer begründen. Ein solcher mündlich abgeschlossener Arbeitsvertrag würde in dem benannten Beispiel dem Arbeitgeber verbieten, eine Kündigung ohne einen rechtfertigenden Grund auszusprechen. Die beiden angeführten Arbeitsverträge, der schriftliche sowie der mündliche, nehmen den Arbeitnehmer von der Anwendung der *At-Will Employment Rule* aus.

C. Bundes- und einzelstaatliches Antidiskriminierungsrecht

Die wichtigsten Ausnahmen zu der *At-Will Employment Rule* sind in den arbeitsrechtlichen Kerngesetzen des Bundes sowie der Bundesstaaten niedergelegt. Bundesrecht verbietet die Diskriminierung von Arbeitnehmern aufgrund des Alters, des Geschlechts, der Staatsbürgerschaft, der ethnischen Herkunft, der Hautfarbe, der Religion, der Behinderung oder auch der Schwangerschaft.

Bundesrechtliche Diskriminierungsgesetze sind in ihrem Anwendungsbereich sehr breit und schützen alle Arten von Arbeitnehmer - solche, die einen besonderen Arbeitsvertrag haben, solche, die *At-Will* angestellt sind und schließlich solche, die von einem Tarifvertrag erfasst werden. Diese Gesetze schützen auch Arbeitsplatzbewerber vor Diskriminierung in dem Bewerbungsverfahren. Arbeitgeber sind aber nicht verpflichtet, Personen anzustellen oder zu befördern, die durch diese Gesetze geschützt werden oder etwa ihre Anforderungen an solche Arbeitnehmer

zu vermindern. Vielmehr verbieten die arbeitsrechtlichen Diskriminierungsgesetze dem Arbeitgeber, in nahezu jeder beschäftigungsbezogenen Situation die Zugehörigkeit des einzelnen Arbeitnehmers zu einer der geschützten Kategorien als Entscheidungsmoment heranzuziehen.

Alle Bundesstaaten, drei ausgenommen, haben arbeitsrechtliche Antidiskriminierungsbestimmungen, die das Bundesrecht widerspiegeln oder gar in Bezug auf den Arbeitnehmerschutz übersteigen. Zusätzlich gibt es auf lokaler Ebene viele Rechtsvorschriften, die Diskriminierung verbieten. Aus diesem Grunde ist es in den Großstädten der USA nicht selten, dass auf drei Rechtsebenen – Bundesrecht, Einzelstaatenrecht und Ortsrecht – die Diskriminierung von Arbeitnehmern verboten ist.

D. Das Kündigungsrecht überlagernde Common Law der einzelnen Bundesstaaten

Durchaus getrennt von den Antidiskriminierungsgesetzen haben einzelne Bundesstaaten zusätzliche Ausnahmen zu der *At-Will Employment-Rule* durch Gerichtsentscheidungen anerkannt. Im US-amerikanischen Rechtssystem schaffen Gerichtsentscheidungen so genanntes *Common Law*, ein Gesetzeskorpus, der auf Präzedenzfällen beruht. In den meisten Bundesstaaten sieht das *Common Law* vor, dass ein Arbeitnehmer, dem unter Verstoß gegen die öffentliche Ordnung gekündigt wurde, Entschädigung und Strafschadensersatz verlangen kann. Da alle Bundesstaaten Arbeitnehmer-Entschädigungsgesetze haben, die den Arbeitgeber verpflichten, im Falle von Arbeitsunfällen die Arztrechnungen und einen Teil des entgangenen Gehalts des Arbeitnehmers zu bezahlen, wird die öffentliche Ordnung als Bestandteil des *Common Law* der meisten Bundesstaaten verletzt, wenn ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer als Vergeltung dafür kündigt, dass der Arbeitnehmer derartige Entschädigungsansprüche geltend gemacht hat. Dieser Tatbestand erfüllt das Delikt der *retaliatory discharge*, Entlassung aus Vergeltung.

Das Delikt der Verletzung der Privatsphäre, *invasion of privacy*, wird ebenfalls oft von Arbeitnehmern als Anspruchsbegründung vorgetragen. Diese Art von Klagen wird häufig im Zusammenhang mit Drogentestprogrammen, Durchsuchungen von Schränken oder Schreibtischen, Belauschen von Telefongesprächen oder sonstiger Konversation von Arbeitnehmern sowie schließlich in Bezug auf Emails eingereicht. Verallgemeinernd lässt sich sagen, dass Arbeitgeber in den meisten Bundesstaaten das Recht haben, Emails der Arbeitnehmer zu überprüfen, die auf Computern des

Arbeitgebers geschrieben wurden. Die Überwachung von Telefongesprächen ist ein anderes Thema. Die Arbeitgeber müssen mit besonderer Vorsicht vorgehen, wenn sie Telefongespräche des Arbeitnehmers überwachen und aufnehmen wollen. Viele Bundesstaatengesetze verbieten eine solche Überwachung ohne die Zustimmung beider Parteien.

E. Die persönliche Verantwortlichkeit von Managern

Manager sollten sich des Umstandes bewusst sein, dass die Verletzung dieser Bundes- und einzelstaatlichen Gesetze – ganz unabhängig von einer möglichen Verantwortlichkeit des Unternehmens – ihre eigene persönliche Haftung zur Folge haben kann. Auch wenn Arbeitgeber ihre Abteilungsleiter von Anwaltsgebühren, nachteiligen Gerichtsentscheidungen oder Vergleichen, die Entschädigungsleistungen vorsehen, freistellen mögen, wird das Unternehmen die Haftung für Strafschadenszahlungen nicht übernehmen bzw. ist hiervon aufgrund bundesstaatlicher Regelungen im Gesellschaftsrecht verhindert. Die Befolgung dieser Gesetze durch den Manager ist somit nicht nur eine Sache von Professionalität. Es ist auch eine Angelegenheit von persönlichem und finanziellem Interesse.

II. Das Thema der Sexuellen Belästigung

A. Was ist sexuelle Belästigung?

Sexuelle Belästigung ist ein sehr ernsthaftes rechtliches Problem für viele Arbeitgeber in den Vereinigten Staaten. Klagen dieser Art führen vermehrt Vorstandsmitglieder vor Gericht, um sich gegen Klagen von Arbeitnehmern zu verteidigen, die behaupten, dass sie sexuell belästigt wurden.

Sexuelle Belästigung wird weit definiert als jede unerbetene Aussage oder körperliche Verhaltensweise sexuellen Charakters, die in unvertretbarer Weise in die Arbeit oder das Arbeitsumfeld des Arbeitnehmers eingreift. Es gibt zwei Formen sexueller Belästigung: „*Quit pro Quo*" – und „*Hostile Environment*" *Sexual Harrasment*. Die Trennlinien zwischen diesen beiden Arten der Belästigung sind nicht immer deutlich. Zudem treten beide Verhaltensformen oft gleichzeitig auf. Klar ist jedenfalls, dass das Recht in der Entwicklung begriffen ist, das Verständnis von einem angemessenen Verhalten am Arbeitsplatz sich wandelt und eine Rekordzahl von Klagen gegen Arbeitgeber und ihre Abteilungsleiter jedes Jahr neu eingereicht wird.

1. „Quit pro Quo" Sexual Harassment

Dieser Tatbestand ist im rechtlichen Sinne erfüllt, wenn arbeitsrechtliche Entscheidungen in Bezug auf Einstellungen, Beförderungen, Umsetzungen oder Kündigungen von dem Vollzug sexueller Handlungen abhängig gemacht werden. Verlangt etwa ein Abteilungsleiter von einem Arbeitnehmer sexuelle Handlungen, die der Arbeitnehmer verweigert, und kündigt daraufhin der Abteilungsleiter dem Arbeitnehmer oder setzt er diesen wegen dessen Verweigerung zurück, werden die Gerichte die Schlussfolgerung ziehen, dass der Arbeitnehmer Opfer einer sexuellen Belästigung „*Quit pro Quo*" geworden ist.

2. „Hostile Environment" Sexual Harassment

Dieser Tatbestand der rechtswidrigen sexuellen Belästigung liegt vor, wenn ein Verhalten mit sexuellem Charakter eine einschüchternde, feindliche oder angreifende Arbeitsumgebung schafft. Ein solches Verhalten kann viele Formen annehmen, wie etwa Verbalbeleidigungen, Diskutieren sexueller Aktivitäten, Kommentieren körperlicher Eigenschaften des Arbeitnehmers oder seines äußeren Erscheinungsbildes, Äußern erniedrigender sexueller Begriffe, Gebrauch derber, vulgärer oder aggressiver Sprache, Vornahme ungehöriger sexueller Gesten oder Bewegungen, unnötiges Berühren oder jede Kombination bzw. Wiederholung dieser Verhaltensweisen.

Bei der Entscheidung der Frage, ob das Verhalten eines Abteilungsleiters das Arbeitsumfeld des Arbeitnehmers im rechtlichen Sinne feindlich gemacht hat, ziehen die Gerichte eine Vielzahl von Faktoren in Betracht. Hierzu gehören:

- Wie oft wurde das in Rede stehende Verhalten wiederholt;
- War das Verhalten unvertretbar anzüglich oder heftig;
- War das Verhalten körperlich bedrohend, erniedrigend oder nur eine isolierte Verbaläußerung;
- Griff das Verhalten in unvertretbarer Weise in die Arbeitsleistung ein;
- Eine isolierte sexuelle Bemerkung ist normalerweise unzureichend, um den Grad einer sexuellen Belästigung im Rechtssinne erreichen zu können.

Gerichte entscheiden Prozesse, in denen der Vorwurf sexueller Belästigung erhoben wird, in Anerkennung des Umstandes, dass Männer und Frauen unterschiedliche Sensibilitätsgrade aufweisen. Daher wird das in Rede stehende Verhalten grundsätzlich

aus der Sicht eines vernünftigen und objektiven Betrachters beurteilt, also der Frage nachgegangen, wie eine vernünftige Person in der Situation des Opfers das Verhalten oder die Äußerungen gesehen bzw. darauf reagiert hätte. Aus diesem Grund können Arbeitgeber niemals annehmen, dass sexuelles Verhalten oder Gespräche mit sexuellem Inhalt am Arbeitsplatz deswegen akzeptabel sind, weil sie aus der eigenen Perspektive als harmlos oder Spaß betrachtet werden. Verhalten, das in der Kultur ausländischer Länder akzeptabel ist, mag von einem Arbeitnehmer in den Vereinigten Staaten als aggressiv gewertet werden.

B. Schritte zur Vermeidung von Klagen wegen sexueller Belästigung

Jüngste Entscheidungen des amerikanischen *Supreme Court* verdeutlichen, dass die beste Verteidigung gegen Klagen wegen sexueller Belästigung klar niedergelegte und beständig durchgesetzte Verhaltensregeln sind, die sexuelle Belästigung verbieten und Opfern Mittel in die Hand geben, sich bei der Führungsebene des Unternehmens über jedwede Verletzung dieser Bestimmungen zu beschweren. Arbeitgeber müssen darüber hinaus sicherstellen, dass Arbeitnehmer Training in Bezug auf angemessenes Verhalten am Arbeitsplatz erhalten haben. Gerichte haben im Allgemeinen entschieden, dass Arbeitgeber die Haftung für sexuelle Belästigungen vermeiden können, wenn sie unverzüglich jede Beschwerde untersuchen und, falls ein solcher Tatbestand festgestellt wurde, sofort abhelfende Maßnahmen einrichten, die darauf ausgerichtet sind, jedwede Wiederholung einer Belästigung zu verhindern.

Allgemeines Sensibilitätstraining sowie die Ausbildung der Abteilungsleiter sind notwendig, um Ausfälle am Arbeitsplatz zu minimieren. Durch Beratung ihrer Manager, wie bestimmte Verhaltensweisen oder Situationen, die häufig zu der Anschuldigung sexueller Belästigung führen, vermieden werden, können Unternehmen das Risiko von Klagen wegen sexueller Belästigung minimieren.

III. Besondere Probleme und Gesetze in Bezug auf Massenentlassungen und Kündigungen

In vielen Fällen wird eine ausländische Führungskraft in die USA für eine wichtige, zugleich aber auch traurige Aufgabe entsandt - die Schließung eines Betriebes, die Verlagerung der Geschäftstätigkeiten oder die Kündigung aller oder der meisten Arbeitnehmer. Dieser Prozess berührt verschiedene Gesetze in den Vereinigten Staaten. Die vorige Diskussion im Bezug auf die *At-Will Employment Rule* und ihre Ausnahmen

findet bei Massenentlassungen ebenso Anwendung. Vier Grundprobleme sind hier sogar von noch größerer Wichtigkeit: (1.) die Verletzung von Altersdiskriminierungsvorschriften im Zusammenhang mit freiwilligen Abfindungsleistungen oder Frühverrentnungsprogrammen; (2.) Verletzungen des *Worker Adjustment and Retraining Notification Act*, einem Bundesgesetz, bekannt unter dem Namen „WARN"; (3.) Verletzungen von Abfindungsverpflichtungen und (4.) Verletzungen von Antidiskriminierungsvorschriften wegen der Bevorzugung ausländischer Manager.

A. Alterdiskriminierungsprobleme

Da Altersdiskriminierung in den Vereinigten Staaten verboten ist, haben ausländische Manager nicht einfach die Option, ältere Arbeitnehmer entgegen ihrem Willen für den Vorruhestand auszusuchen oder aber eine Kündigung als Teil einer Reduzierung der Arbeitskräfte auszusprechen. Dies ist häufig ein bedeutsamer Punkt, da ausländische Manager in ihren Heimatstaaten daran gewöhnt sein mögen, ältere Arbeitnehmer in den Ruhestand zu zwingen, um Kosten zu senken oder eine jüngere Arbeitnehmerschaft zu erhalten. Neben diesen kulturellen Differenzen sind viele ausländische Führungskräfte sich nicht des Umstandes bewusst, dass Altersdiskriminierungsregelungen in den Vereinigten Staaten auf Arbeitnehmer auch im Alter von 40 Jahren Anwendung finden und – mit nur sehr engen Ausnahmen – alle Versuche unterbinden, einen Arbeitnehmer, ob 60, 65 oder sogar älter, in den Ruhestand zu zwingen.

Wie zu erwarten, ist es eindeutig verboten, gegen einen Arbeitnehmer über 40 zu äußern, „Du bist zu alt und deswegen musst du in Rente gehen oder das Unternehmen verlassen." Indirekte Bemühungen, die älteren Arbeitnehmer zur Aufgabe ihres Arbeitsplatzes oder zur Pensionierung zu zwingen, sind ebenfalls verboten. Ein Arbeitgeber kann zum Beispiel ältere Arbeitnehmer nicht zurücksetzen oder ihre Vergütungen kürzen, um sie dazu zu veranlassen, in Frührente zu gehen. Gleichzeitig ist aber eine freiwillige Pensionierung nicht rechtswidrig. Viele Unternehmen gebrauchen Frühverrentungsprogramme auf Freiwilligenbasis, um ihre Gehaltslisten von Zeit zu Zeit zu straffen. Maßgebend ist, dass einem Arbeitnehmer die wirkliche Wahl zwischen dem Status Quo und einer Abfindungsvereinbarung oder der Teilnahme an einem Frühverrentungsprogramm gelassen wurde, unter dem der Arbeitnehmer finanzielle Vorteile genießt. Arbeitnehmer sind ohne weiteres in der Lage, Prozesse wegen Altersdiskriminierung zu führen und zu gewinnen, wenn irgendein Zwang oder irgendeine Drohung das Angebot der Frühverrentung begleitet haben.

1. Freiwillige Vertragsauflösungen und Vorruhestandsregelungen

Die Strukturierung von Plänen zur freiwilligen Auflösung von Arbeitsverhältnissen sowie von Vorruhestandsregelungen ist komplex. Typischerweise werden allen und nicht nur älteren Arbeitnehmern innerhalb bestimmter Abteilungen oder Betriebe Anreize zur Aufgabe des Arbeitsplatzes oder zum Vorruhestand gegeben. Derartige Anreize nehmen herkömmlich die Form von Abfindungszahlungen, verlängerter Gesundheitsversicherung oder anderen monetären Vorteilen an. Die richtigen, in Erwägung zu ziehenden Kriterien sind subtil und müssen mit Sorgfalt und beträchtlicher Aktenführung entwickelt und implementiert werden. Schlecht vorbereitete Vorruhestandsregelungen können Jahre kostenträchtiger Prozessführung zur Folge haben. Ältere Arbeitnehmer klagen in einer Vielzahl von Fällen wegen Altersdiskriminierung, wenn das Angebot der Frühverrentung zwingenden Charakter aufwies oder Manager Kostensenkungen erreichen wollen, indem sie älteren Arbeitnehmern mit möglichen Massenentlassungen oder Zurücksetzungen drohen, falls sie nicht in Rente gehen sollten.

2. Probleme in Bezug auf Haftungsfreistellungen von Arbeitnehmeransprüchen

Es ist eine übliche Praxis, dass Unternehmen sich Haftungsfreistellungen von etwaigen Verbindlichkeiten durch ältere Arbeitnehmer versprechen lassen, denen gekündigt wurde. Das Ziel dieser Freistellungsvereinbarungen besteht darin, Auseinandersetzungen wegen Haftungsfragen zu vermeiden und die Führung von Prozessen zu verhindern. Der Haftungsfreistellung liegt ein Vertrag zugrunde, in dem der Arbeitnehmer sich damit einverstanden erklärt, auf gesetzliche Rechte im Austausch für Geldleistungen durch den Arbeitgeber zu verzichten. Leider ist dieses Verfahren kompliziert bei Arbeitnehmern im Alter von über 40 Jahren aufgrund eines Bundesgesetzes, das als *Older Workers Benefit Protection Act* aus dem Jahr 1990 bekannt ist. Nach diesem Gesetz müssen Haftungsfreistellungen, die Arbeitnehmern über 40 angetragen werden, verschiedene Voraussetzungen erfüllen. Bei Gesetzesverstößen ist die Haftungsfreistellung nicht durchsetzbar. Dem Arbeitnehmer kann sogar das Recht zuwachsen, die Abfindungsleistungen, die im Bezug auf die unwirksame Freistellungsbestimmung durch den Arbeitgeber gezahlt wurden, zu behalten und den Arbeitgeber im Hinblick auf seine Gesetzesverstöße immer noch zu verklagen.

B. Das WARN-Gesetz

Das *Worker Adjustment and Retraining Notification Gesetz*, auch WARN genannt, ist ein Bundesgesetz, das Arbeitgeber mit mehr als 100 Arbeitnehmern in den Vereinigten Staaten verpflichtet, Arbeitnehmer 60 Tage vor umfangreichen Entlassungen oder Betriebsstilllegungen schriftlich zu informieren. Das WARN-Gesetz hat nichts mit einem Recht auf Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses zu tun. Es betrifft allein die vorhergehende Benachrichtigung über den Arbeitsplatzverlust. Unabhängig davon, ob die Ankündigung vorgenommen wurde, ist ein Arbeitgeber berechtigt, die Kündigung auszusprechen. Das Ziel des Gesetzes ist es allein, die Arbeitnehmer rechtzeitig in die Lage zu versetzen, andere Arbeitsplätze zu finden oder an Umschulungen teilzunehmen. Das WARN Gesetz zwingt den Arbeitgeber darüber hinaus, die Gewerkschaften und verschiedene Behörden von den geplanten Maßnahmen in Kenntnis zu setzen.

C. Abfindungsverpflichtungen

Im Allgemeinen leisten Arbeitgeber in den Vereinigten Staaten Abfindungszahlungen an Arbeitnehmer, wenn diese das Unternehmen nicht aufgrund eines eigenen Fehlers verlassen. Im Gegensatz zu vielen anderen Industrienationen jedoch gibt es in den USA keine Gesetze, die den Arbeitgeber verpflichten, einem das Unternehmen verlassenden Arbeitnehmer eine Abfindung zu zahlen. Unternehmen leisten Abfindungszahlungen häufig im Austausch gegen die Unterzeichnung einer Haftungsfreistellung von etwaigen Ansprüchen des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber. In einigen Fällen allerdings ist eine Abfindung aufgrund des Arbeitsvertrages oder des anwendbaren Tarifvertrages erforderlich. Üblich ist ein Wochengehalt für jedes Jahr der Anstellung.

D. Die Praxis der Bevorzugung ausländischer Manager gegenüber Arbeitskräften US-amerikanischer Herkunft

Die Gerichte haben das US-amerikanische Antidiskriminierungsrecht in Bezug auf Beschäftigungsverhältnisse dahin interpretiert, eine enge Ausnahme von der Regel des Verbots jeglicher Diskriminierung aus Gründen der Nationalität zuzulassen. Gerichte haben entschieden, dass in begrenzten Fällen ausländische Arbeitgeber, die in den Vereinigten Staaten operieren, zugunsten ihrer eigenen, ausländischen Mitbürger in bestimmten Management- und anderen Schlüsselpositionen diskriminieren dürfen. Dieses Thema wird häufig bei Massenentlassungen relevant, wenn der aus dem Ausland kommende Arbeitgeber Arbeitnehmer aus dem Heimatland bei der Entlassung bevorzugt

und damit die Arbeitskräfte US-amerikanischer Herkunft benachteiligt. Das Thema spielt auch dann eine Rolle wenn ausländische Geschäftsführer bzw. Manager in den Betrieben der US-amerikanischen Tochtergesellschaft auf Grundlage eines E-1 Immigration Visums rotieren oder nach einer unterschiedlichen Lohn- und Gehaltsliste als US-amerikanische Arbeitnehmer bezahlt werden. Nicht überraschend haben Beschäftigungs- und Behandlungsungleichheiten dieses Thema für Arbeitnehmer sehr emotionalisiert. Dies hat zu einer erhöhten Anzahl von Prozessen geführt, in denen geltend gemacht wurde, dass ausländischen Arbeitgebern eine Bevorzugung nicht US-amerikanischer Arbeitnehmer nicht zugestanden werden sollte.

IV. Die Bedeutung des US-amerikanischen Arbeitsrechts in Beschäftigungsbereichen ohne gewerkschaftliche Organisation

Der *National Labor Relations Act* aus dem Jahre 1935, NLRA genannt, ist Bundesrecht, in welchem das Recht des Arbeitnehmers festgeschrieben ist, Gewerkschaften zu gründen, ihnen beizutreten sowie das Wirken der Gewerkschaften zu unterstützen. Arbeitgeber, die NLRA-Recht verletzen, sind wegen unfairer Beschäftigungspraktiken („*unfair labor practice*") verantwortlich. Vorwürfe derartiger Pflichtverletzungen gehen vor das *National Labor Relations Board* (*NLRB*), eine Bundesbehörde, deren Aufgabe die Durchsetzung des NLRA ist. Die NLRB ist eine quasi-gerichtliche Einrichtung, die über erheblichen Beurteilungsspielraum und Ermessen bei der Auslegung der Bundesgesetze verfügt. Darüber hinaus untersucht die NLRB Beschwerden, führt Anhörungen durch und verfügt die Abhilfe von Rechtsverletzungen. Die Belastung des Arbeitgebers mit Anschuldigungen wegen unfairer Beschäftigungspraktiken kann schwerwiegend sein.

Gewerkschaften, Streiks, Absperrungen durch Streikposten sowie Boykotte sind Themen, die normalerweise mit tarifvertraglich erfassten Arbeitsplätzen verbunden werden. Allerdings beziehen sich die Bestimmungen des NLRA nicht nur auf Beschäftigungsfelder mit gewerkschaftlicher Organisation. Unter bestimmten Voraussetzungen können die Schutzmechanismen und Rechte der in Gewerkschaften organisierten Arbeitnehmer sich auch auf Nicht-Gewerkschaftsmitglieder in Beschäftigungsbereichen ohne gewerkschaftliche Organisation erstrecken.

Aus dem Ausland stammende Arbeitgeber und ihre Manager sollten sich dieser Umstände bewusst sein, um unerwartete rechtliche Probleme zu vermeiden. Das Einstellen und Entlassen von Gewerkschaftsfunktionären, Beschränkungen des

Rechts des Arbeitgebers, Arbeitnehmern zu kündigen, die sich an konzertierten Aktionen beteiligen, sowie der rechtliche Status von Arbeitgeber-Arbeitnehmer Gremien (*employer-employee committee*) sind diejenigen Bereiche, in denen US-amerikanisches Arbeitsrecht die meisten Auswirkungen hat.

A. Vermeiden des Vorwurfes unfairer Beschäftigungspraktiken durch Gewerkschaftsfunktionäre

Arbeitsrechtsstreitigkeiten können aus der Anwendung des NLRA auf das Einstellungsverfahren von Gewerkschaftsfunktionären oder Gewerkschaftsvertretern in Beschäftigungsfeldern ohne gewerkschaftliche Existenz entstehen.

Der Arbeitgeber ist zwar berechtigt, die Bewerbung eines Gewerkschaftsorganisators aus jedem Grunde abzulehnen, der sich nicht auf die Gewerkschaftszugehörigkeit bezieht. Rechtswidrig ist aber die Diskriminierung aus Gründen der Gewerkschaftszugehörigkeit. Die Entscheidung der Frage, ob die Weigerung des Arbeitgebers, einen Bewerber einzustellen, auf Diskriminierung beruhte, ist maßgeblich von den Umständen des Einzelfalles abhängig: War das Motiv für die Ablehnung der Bewerbung wirklich die Gewerkschaftszugehörigkeit des Bewerbers oder beruhte die Entscheidung des Arbeitgebers auf ganz logischen, akzeptablen und legitimen Gründen? In solchen Fällen hat sich die NLRB häufig auf die Seite der Gewerkschaften gestellt und entschieden, dass der Arbeitgeber mit der Ablehnung der Bewerbung des Gewerkschaftsorganisators gegen den NLRA verstoßen hat. Um diesem Problem zu begegnen, ist dem Arbeitgeber anzuraten, Einstellungsrichtlinien zu erlassen, nach denen solche Bewerber, die nur zeitweilige Beschäftigung suchen oder gleichzeitig für mehr als einen Arbeitgeber tätig werden wollen, nicht berücksichtigt werden.

B. Beschränkungen des Rechts des Arbeitgebers, an einer konzertierten Aktion teilnehmenden Arbeitnehmern zu kündigen

Der Schutz durch den NLRA beschränkt sich nicht auf gewerkschaftszugehörige Arbeitnehmer. Das Gesetz schützt nahezu jeden Arbeitnehmer unter der Abteilungsleiter-, der Management- und der Vorstandsebene. Das Recht, an konzertierten Aktionen teilzunehmen, ist allen Arbeitnehmern unabhängig von ihrer Gewerkschaftszugehörigkeit zugewiesen.

NLRA verbietet Arbeitgebern, gegnerische Maßnahmen gegenüber solchen Arbeitnehmern vorzunehmen, die sich an konzertierten Aktionen beteiligen.

Gerichte werden eine Kündigung aufgrund der Beeinträchtigung des Rechts, an einer konzertierten Aktion teilzunehmen, für rechtswidrig erachten, wenn (1) eine konzertierte Aktion vorlag; (2) die jeweilige Maßnahme rechtlich geschützt war; (3) der Arbeitgeber von dem Charakter der Maßnahme als konzentrierte Aktion wusste und (4) die konzertierte Aktion den Arbeitgeber dazu bestimmt hat, den betreffenden Arbeitnehmer zu entlassen oder zu maßregeln. Demzufolge sollten ausländische Arbeitgeber und ihre Abteilungsleiter jede Kündigungsentscheidung sorgfältig dahin würdigen, ob die Grundlage der erwogenen Entlassung des Arbeitnehmers aus Gruppenprotesten und sonstigen Beschwerden herrührt. Arbeitnehmer, die Petitionen oder Beschwerden über Arbeitsbedingungen einreichen oder sich gegen Arbeitsvorschriften zur Wehr setzen, können vor einer Diskriminierung durch NLRA ebenfalls geschützt sein.

C. Der rechtliche Status von Arbeitgeber-Arbeitnehmer Ausschüssen (Employer-Employee Committees)

Die Beteiligung von Arbeitnehmern an Managemententscheidungen in Bezug auf die Ausgestaltung des Arbeitsplatzes erfreut sich zunehmender Beliebtheit in US-amerikanischen Unternehmen. Im Allgemeinen schließt dieses Konzept die Einrichtung eines Ausschusses ein, der sich aus Abteilungsleitern und Arbeitnehmern zusammensetzt, und die Aufgabe hat, sich mit Themen der Ausgestaltung des einzelnen Arbeitsplatzes auseinanderzusetzen. Diese Ausschüsse nehmen verschiedene Formen an und tragen ganz unterschiedliche Namen wie etwa „wiederkehrende Kontrollgremien", „Arbeitgeber-Arbeitnehmer Teams" sowie „Arbeitnehmer-Beteiligungsausschüsse". Gemeinsam ist diesen Einrichtungen das Ziel, die Produktivität und Loyalität der Arbeitnehmer zu verbessern, indem die Arbeitnehmer bei Entscheidungen über die Ausgestaltung des Arbeitsplatzes beteiligt werden und so ein Gefühl der Stärke vermittelt bekommen.

Der rechtliche Status der Arbeitgeber-Arbeitnehmer Ausschüsse ist nach US-amerikanischem Recht unklar. Demnach sollten Arbeitgeber die Ordnungsgemäßheit der Bildung eines Arbeitnehmer-Ausschusses sorgfältig bewerten, damit ein Verstoß gegen NLRA vermieden wird. Löhne, Arbeitszeit und die Beschäftigungsbedingungen sowie Beschwerdeverfahren sind Bereiche, deren Regelung durch Arbeitgeber-Arbeitnehmer Ausschüsse in Widerspruch mit dem NLRA treten kann.

D. Die Bedeutung von Verhaltensrichtlinien und die wesentlichen Punkte eines Arbeitnehmer-Handbuchs

Die meisten Arbeitgeber in den Vereinigten Staaten beschließen und verwenden Verhaltensrichtlinien, die das Arbeitsverhältnis mit den Arbeitnehmern näher ausgestalten. Meistens sind diese Richtlinien in einem Arbeitnehmer-Handbuch (*employee handbook*) niedergelegt. Das *employee handbook* gibt den Arbeitnehmern Auskunft über die Führung des Unternehmens und die Regeln am Arbeitsplatz.

Die Verhaltensrichtlinien spielen bei der Verhinderung bzw. Minimierung arbeitsrechtlicher Haftungsfälle eine bedeutsame Rolle. Die Richtlinien informieren die Arbeitnehmer über das von ihnen erwartete Verhalten. Arbeitgeber haben ein größeres Ermessen und eine stärkere Rechtsposition, Arbeitnehmern zu kündigen, die den Unternehmensregeln nicht Folge leisten. Hinzu kommt, dass Arbeitgeber, die den Verhaltensrichtlinien folgen, von den Arbeitnehmern eher als fair empfunden werden. Sind die Verhaltensrichtlinien dagegen weder schriftlich niedergelegt noch ausgewogen formuliert, wird das Verhalten des Arbeitgebers von den Arbeitnehmern als willkürlich und launisch bewertet werden.

E. Das Einstellungsverfahren

Arbeitgeber können das Eingehen arbeitsrechtlicher Haftungsrisiken bei Einstellungen durch die Einrichtung verschiedener Verfahren und Richtlinien verhindern. Bemühungen zur Schadensverhütung sollten sich auf Bewerbungsformular und Angebotsschreiben konzentrieren. Darüber hinaus sollte sichergestellt sein, dass sich das Personal, das für die Einstellungsentscheidung verantwortlich ist, angemessener Interviewtechniken bedient und eine Sensibilisierung für Diskriminierungsfragen besteht.

1. Arbeitsplatzbewerbungen

Die meisten, wenn nicht alle Arbeitgeber in den Vereinigten Staaten verwenden schriftliche Bewerbungsformulare. Diese Unterlagen sind die ersten in einer Reihe von Formularen, mit denen das Unternehmen arbeitsrechtliche Haftungsfallen vermeiden kann.

Der Arbeitgeber kann das Bestehen einer „*at-will*" Arbeitsbeziehung mit dem Arbeitnehmer durch die entsprechende Fassung des Bewerbungsformulars sicherstellen. Der Arbeitgeber sollte von jedem Arbeitnehmer verlangen, ein Formular zu unterzeichnen, dass im Falle der Einstellung das Arbeitsverhältnis als „*at-will*" zu qualifizieren ist. Ferner sollte das Formular vorsehen, dass der

Bewerber mit seiner Unterschrift sich damit einverstanden erklärt, dem Unternehmen das absolute Recht zuzuweisen, den Arbeitnehmer zu jeder Zeit und aus jedem Grund zu kündigen.

Einige weitere Bestimmungen sollten in dem Bewerbungsformular zum Zwecke der Schadensverhütung enthalten sein. Erstens sollte das Bewerbungsformular eine Bestimmung enthalten, nach der der Arbeitnehmer sich damit einverstanden erklärt, dass der Arbeitgeber berechtigt ist, frühere Beurteilungen oder Hintergrundinformationen zu prüfen. Die Bestimmung wäre so auszuformulieren, dass der Arbeitgeber von jeder Haftung, die aus dem Erhalt, der Verwendung oder der späteren Offenlegung von Hintergrundinformationen resultieren könnte, befreit wird. Ohne eine derartige Ermächtigung wäre es Arbeitgebern untersagt, vertiefte Prüfungen der Vergangenheit des Bewerbers anzustellen. Zweitens sollte das Bewerbungsformular eine Beglaubigungsklausel enthalten, mit der der Bewerber bekräftigt, dass alle in der Bewerbung gemachten Aussagen der Wahrheit entsprechen und vollständig sind. Eine solche Bestimmung wird herkömmlich als *truth clause*, Wahrheitsklausel, bezeichnet. Die Beglaubigung sollte beinhalten, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer jederzeit kündigen kann, sollte sich herausstellen, dass falsche oder unvollständige Angaben in Bezug auf den Hintergrund, die Ausbildung oder die Arbeitserfahrung gemacht wurden. Betrug durch Fälschung des Lebenslaufs (*resume fraud*) ist im Zusammenhang mit dem Anti-Diskriminierungsrecht ein wichtiges Thema. Die Beglaubigung des Bewerbers mag bei Diskriminierungsvorwürfen als zusätzliches Verteidigungsmittel des Arbeitgebers verwendet werden. Weiterhin sollte das Bewerbungsformular eine Aussage dahin enthalten, dass der Arbeitgeber ein *Equal Opportunity Employer* ist, also ein Arbeitgeber, der jedem Arbeitnehmer Chancengleichheit gewährt. Diese Klausel kann als Verteidigung gegen die Klage des Bewerbers verwendet werden, der Arbeitgeber habe aus diskriminierenden Gründen die Bewerbung abgelehnt. Schließlich sollten aus dem Ausland stammende Arbeitgeber sich vergegenwärtigen, dass die Bewerbungsformulare keine Fragen beinhalten dürfen, die gegen das Anti-Diskriminierungsrecht verstoßen. Im Gegensatz zu vielen anderen Staaten ist es in Amerika grundsätzlich rechtswidrig, wenn der Arbeitgeber Fragen über Eigenschaften des Bewerbers stellt, die nach dem Diskriminierungsrecht als besondere Kategorie geschützt sind (beispielsweise Frage nach Behinderung, dem Alter, dem Familienstand, der Nationalität etc. des Bewerbers). Dieselben Bedenken gelten ebenso für Job-Interviews.

2. Angebotsschreiben

Unternehmen sollten besondere Vorsicht walten lassen, wenn sie Angebotsschreiben gegenüber Personen verfassen, denen sie ein Arbeitsplatzangebot unterbreiten. Sofern die Angebotsschreiben sorgfältig vorbereitet werden, können sie den Arbeitgeber insoweit schützen, als Missverständnisse im Hinblick auf Pflichten, Vergütung und Dauer des Arbeitsverhältnisses verhindert werden. Manchmal werden unsorgsam formulierte Angebotschreiben von Klägeranwälten als eigenständiger Arbeitsvertrag dargestellt.

Arbeitgeber riskieren, sich nicht auf den *at-will* Beschäftigungsstatus des Arbeitnehmers berufen zu können, wenn das Angebotsschreiben selbst ein vertragliches Arrangement trifft. Um ein derartiges Ergebnis zu verhindern, sollte das Schreiben nicht die Länge des beabsichtigten Beschäftigungsverhältnisses beschreiben. Es sollte niemals den Grad einer Garantie erreichen. Stattdessen sollte das Angebotsschreiben in klarer und unmissverständlicher Sprache den *at-will* Beschäftigungsstatus des Arbeitnehmers festhalten.

F. Orientierungsprozess

Während der Orientierungsphase sollte der Arbeitgeber klar die Erwartungen und Regeln am Arbeitsplatz gegenüber dem neuen Arbeitnehmer kommunizieren. Dieser Prozess ermöglicht es Arbeitgebern, schriftliche Zusicherungen von Arbeitnehmern zu erhalten, die dem Unternehmen dabei helfen, Personalprobleme und arbeitsrechtliche Haftungsrisiken zu reduzieren. Schadensverhütungsbemühungen sollten sich auf den Inhalt des Arbeitnehmerhandbuchs sowie auf die Dokumentation der Übergabe des Handbuchs an den Arbeitnehmer konzentrieren.

Der Orientierungsprozess markiert den Zeitraum, in dem die meisten Arbeitgeber Arbeitnehmer mit dem Handbuch oder einer Darstellung der Regeln am Arbeitsplatz ausstatten. Achtsame Arbeitgeber folgen insoweit einer Checkliste, wenn ein neuer Arbeitnehmer in die Belegschaft zu integrieren ist. Eines der Kernelemente auf der Checkliste sollte die Austeilung der Verhaltensrichtlinien bzw. eines Arbeitnehmer-Handbuchs sein.

G. Verfahren der Bewertung und Maßregelung

Abgesehen von der Kündigung, bezieht sich der zweithäufigste Anlass arbeitsrechtlicher Klagen auf die Bewertung und Maßregelung von Arbeitnehmern durch den Arbeitgeber. Arbeitgeber können insoweit die Anzahl von Klagen reduzieren, wenn die Bewertungen

korrekt und schnell vorgenommen werden und die Maßregelung in angemessener Art und Weise erfolgt. In dieser Hinsicht sollten sich Schadensverhütungsmechanismen auf Sensibilitätstraining der Abteilungsleiter sowie auf eine ordnungsgemäße Dokumentation der Leistungsbewertung konzentrieren.

Die Arbeitgeber sollten ihre Abteilungsleiter auffordern, die Arbeitsleistungen eines Arbeitnehmers sorgfältig und ehrlich zu bewerten. Leistungsbewertungen sind für die Moral des Arbeitnehmers und die Anlegung von Akten über den Arbeitnehmer von zentraler Bedeutung. Gleichermaßen bedeutsam sind Leistungsbewertungen in Bezug auf arbeitsplatzbezogene Rechtsstreitigkeiten. Umgekehrt kann eine fehlerhafte Leistungsbewertung zu dem Verlust des Prozesses führen. Der typische Fall betrifft den Arbeitnehmer, der wegen schlechter Arbeitsleistung entlassen wird. Der Arbeitnehmer leitet einen Prozess ein und behauptet, dass Diskriminierung und nicht schlechte Arbeitsleistung die wahre Ursache für die Kündigung bildete. Die Leistungsbewertung des Arbeitgebers wird dann zentraler Prozessgegenstand. Wenn die Bewertungen die Berufung des Arbeitgebers auf die schlechte Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht tragen, kann der Rechtsanwalt des Arbeitnehmers sich leicht darauf stützen, dass Diskriminierung und nicht etwa eine unakzeptable Arbeitsleistung Grund für die Kündigung war.

Bewertungssysteme sollen sicherstellen, dass der Personalverantwortliche objektiv mit den Stärken und Schwächen eines Arbeitnehmers umgegangen ist und die relevanten Vorgänge andauernd dokumentiert hat. Die Dokumentation sollte mit Datum und Unterschrift des Personalverantwortlichen versehen sein. Auf der anderen Seite sollte der Arbeitnehmer aufgefordert werden, die jeweilige Leistungsbewertung zu unterschreiben. Damit wird bewiesen, dass der Arbeitnehmer eine Bewertung seiner Arbeitsleistung erhalten und die Erwartungen des Unternehmens in Bezug auf die zukünftige Arbeit verstanden hat als auch schließlich Kenntnis von den Folgen der Nichtverbesserung der Arbeitsleistung besitzt. Sofern die Leistungsbewertungen korrekt vorgenommen werden, sollten Kündigungen wegen nicht akzeptabler Arbeitsleistung den Arbeitnehmer nie überraschen.

H. Der Kündigungsprozess

In den Vereinigten Staaten werden die meisten Prozesse zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern geführt, wenn dem Arbeitnehmer gekündigt wurde. In der Tat, mehr als 80 % der arbeitsrechtlichen Rechtsstreitigkeiten werden aufgrund von Kündigungen geführt. Aus diesem Grunde kommt Schadensverhütungsmaßnahmen für den Bereich der Kündigungen eine besondere Bedeutung zu.

Um das Risiko von Rechtsstreitigkeiten in Bezug auf Kündigungen zu reduzieren, sollten sich Arbeitgeber mit Informationsverfahren und Fairnesskonzeptionen auseinandersetzen: Setzte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer schriftlich von den Problemen in Kenntnis (wurde eine Abmahnung ausgesprochen) und hatte der Arbeitnehmer ausreichend Gelegenheit, seine Arbeitsleistung zu verbessern (wurde der Arbeitnehmer mit „Fairness" behandelt)? Soweit diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, ist die Kündigungsentscheidung aller Voraussicht nach voreilig und besonders gefährlich bei einem Arbeitnehmer, der nicht befriedigende Arbeitsleistungen gezeigt hat.

Die Grundprinzipien Information und Fairness haben unterschiedliche Konsequenzen in Bezug auf Verfahren und Mechanismen der Kündigung. Um sicherzustellen, dass dieser Prozess ordnungsgemäß abläuft, sollten Arbeitgeber auf der Stelle ausgesprochene Kündigungen vermeiden. Kündigungsentscheidungen, die in großer Eile und unter aufgehitzten Umständen getroffen werden, sind sehr gefährlich. Einem Arbeitnehmer sollte nur in seltenen Ausnahmefällen auf der Stelle gekündigt werden. Besser ist es, wenn der Arbeitgeber sicherstellt, dass die letztendliche Entscheidung über den Ausspruch der Kündigung bei dem höheren Management verbleibt. Auch wenn die Abteilungsleiter vor Ort eine entscheidende Rolle in dem Abmahnungsverfahren spielen, sollte die letztendliche Entscheidungsautorität bei den Managern verbleiben.

Kündigungen von Arbeitnehmern, die durch das Recht des Bundes oder der Bundesstaaten geschützt werden (z. B. Frauen, Afro-Amerikaner, Personen mit Behinderungen), verdienen ebenfalls besondere Aufmerksamkeit. Soweit eine solche Person betroffen ist, muss die Kündigungsentscheidung auf jeden Fall durch das höhere Management überprüft werden, um sicherzustellen, dass die Entscheidung angemessen und fair ist. Die Tatsachen sollten unabhängig von einer Person überprüft werden, die die für den betroffenen Arbeitnehmer weder unmittelbar verantwortlich noch emotional in die Kündigungsentscheidung involviert ist. Darüber hinaus sollten Informationen in Bezug auf den Arbeitnehmer und seine Situation aus jeder nur möglichen Quelle gesammelt werden. Der Entscheidungsträger sollte mehr als nur die Argumentationslinie des Abteilungsleiters hören. Mithin sollte die letztendliche Kündigungsentscheidung erst getroffen werden, nachdem alle Informationen in Bezug auf den Arbeitnehmer sorgfältig untersucht wurden.

Auch wenn das Arbeitsrecht den Arbeitgeber weder auf Bundes- noch Bundesstaatenebene verpflichtet, fair zu sein (d.h. die Gesetze verpflichten die Unternehmen allein, von Diskriminierungen Abstand zu nehmen), werden Arbeitgeber, die ein faires Verhalten an den Tag zu legen suchen, weniger verklagt. Diejenigen,

die verklagt werden, verlieren die Prozesse nicht so häufig. Grund hierfür ist, dass Geschworenengerichte ein unfaires Verhalten des Arbeitgebers häufig mit Diskriminierung des Arbeitnehmers gleichsetzen. Mithin riskiert der Arbeitgeber eine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit, wenn die ausgesprochene Kündigung einen Fairness Test nicht besteht. Das gilt umso mehr in Fällen, in denen der betroffene Arbeitnehmer durch das Diskriminierungsrecht des Bundes oder der einzelnen Bundesstaaten geschützt ist.

Es ist weiterhin für Arbeitgeber wichtig, eine Kündigung ohne Verzögerung auszusprechen, wenn die Kündigungsentscheidung getroffen wurde. Arbeitgeber, die mit dem Ausspruch der Kündigung zu lange warten, schwächen ihre Position im Prozess. Die Verzögerung der Kündigung sendet ein falsches Signal an den Arbeitnehmer aus, der verständlicherweise annimmt, sein Verhalten sei akzeptabel gewesen.

Arbeitgeber sollten den Arbeitnehmer von der Kündigungsentscheidung persönlich benachrichtigen. Dies wird normalerweise in einem so genannten „*exit interview*" getan. Wenn die Entscheidung dem Arbeitnehmer eröffnet wird, sollte angemessene Information im Hinblick auf Abfindung, Sonderbezüge, Zeugnis oder etwa Auslagerung von Geschäftsbereichen zur Hand sein. Dies ermöglicht eine letzte Prüfung aller Pflichten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers, einschließlich der Rückgabe der Schlüssel, der Computerdisketten oder anderer im Eigentum des Arbeitgebers stehende Gegenstände. Zusätzlich sollten zwei Vertreter des Managements anwesend sein, einer, der die Kündigungsentscheidung eröffnet, der andere, der ihr als Zeuge beiwohnt. Letzterer kann in einem späteren Prozess das mit dem Arbeitnehmer geführte Gespräch näher darstellen. Schließlich ist es wichtig, dass jedwede Diskussion über die in Betracht gezogene Kündigung des Arbeitnehmers dokumentiert wird. Ohne eine angemessene schriftliche Fixierung der Entscheidungsabläufe ist es schwierig, sich gegen arbeitsrechtliche Klagen des Arbeitnehmers wegen seiner Entlassung angemessen zu verteidigen.

V. Weitere Gesetze, von denen Arbeitgeber Kenntnis haben sollten

Die Mitglieder des Managements sollten insbesondere von den Gesetzen über Entlohnung, Arbeitszeit, Gewerkschaften, Tarifverhandlungen, Einwanderung, Familie, krankheitsbedingte Abwesenheit, Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz und Arbeitssicherheit, Arbeitnehmervergütungen und positive Diskriminierung Kenntnis haben.

A. Arbeitslohn- und Arbeitszeitgesetze

Der *Fair Labor Standards Act* aus dem Jahr 1938, auch FLSA genannt, und der *Equal Pay Act* aus der Jahr 1963, EPA, sind die beiden maßgeblichen Bundesgesetze, die dem Arbeitgeber lohnbezogene Verpflichtungen auferlegen. Der FLSA erlaubt den einzelnen Bundesstaaten, höhere Lohnstandards zu haben. Viele Bundesstaaten haben eigene Arbeitslohn- und Arbeitszeitgesetze verabschiedet, die in ihren Anforderungen zum Teil erheblich strenger sind als das Bundesrecht. Das *US Department of Labor*, DOL, ist mit der Durchsetzung des FSLA betraut, wohingegen das EPA von der *US Equal Employment Opportunity Commission* durchgesetzt wird.

Der FSLA setzt ein stündliches Mindestgehalt fest, bestimmt die Voraussetzungen für Kinderarbeit und begründet die Verpflichtung, Überstundenzuschläge zu bezahlen. Einige Arbeitsplätze und Industriebereiche sind von dem Anwendungsbereich des FSLA zum Teil (Anforderungen an Überstunden) oder ganz (Mindestgehalt und Anforderungen an Überstunden) ausgenommen. Arbeitsplätze, die vom FSLA nicht erfasst werden, beziehen sich auf hochrangige Arbeitnehmer und Angestellte, die auf Vergütungsbasis bezahlt werden und Management-, Vorstands- oder Verwaltungsaufgaben wahrnehmen. Arbeitnehmer, die als ausgenommene Arbeitnehmer (*exempt employees*) unter dem FSLA qualifiziert werden, sind zu einer Überstundenvergütung nicht berechtigt. Umgekehrt werden Arbeitnehmer, die vom Anwendungsbereich des FSLA erfasst werden, als nicht ausgenommene Arbeitnehmer (*non-exempt workers*) bezeichnet. Die Verordnungen der DOL darüber, welche Arbeitsplätze vom FSLA ausgenommen sind oder nicht, sind komplex. Viele Arbeitgeber gehen irrigerweise davon aus, dass die Arbeitnehmer, die über einen bestimmten Titel verfügen (etwa „Manager von X,Y, Z"), von dem FSLA nicht erfasst werden. Dies ist eine unzutreffende Annahme, da nur die Arbeitsaufgabe, nicht aber der Arbeitstitel über die Anwendung des FSLA entscheidet. Umgekehrt verlangt dies von Arbeitgebern, dass sie besondere Vorsicht bei der Festlegung der Arbeitspflichten und des Gehalts der Arbeitnehmer walten lassen.

Verletzungen des FSLA können ziemlich teuer werden Die DOL untersucht jede Zahlungspraxis, die angeblich die Bestimmungen des FSLA verletzt. Die DOL verfügt über die Befugnis, im Namen der Arbeitnehmer *Class Actions*, also Sammelklagen gegen Arbeitgeber, einzuleiten, die die Bestimmungen des FSLA nicht eingehalten haben. Geldstrafen können ferner gegen Unternehmen festgesetzt werden, die gegen die Bestimmungen des FSLA in grober Weise verstoßen haben. Schließlich können Arbeitnehmer selbst Klagen gegen Arbeitgeber einreichen, um das Entgelt

für bis zu zwei Jahre unbezahlte Überstunden ersetzt zu bekommen. Sofern die Gesetzesverletzung des Arbeitgebers willkürlich ist, kann der Arbeitnehmer sogar bis zu drei Jahre unbezahlte Überstunden ersetzt verlangen.

Das EPA ist eine Ergänzung zum FSLA und verlangt von den Arbeitgebern, gleiches Gehalt für Arbeit gleichartiger Befähigung, Bemühung und Verantwortung unabhängig von dem Geschlecht zu bezahlen. Um sich gegen eine EPA-Klage erfolgreich zu verteidigen, muss der Arbeitgeber darlegen, dass jedwede unterschiedliche Bezahlung aufgrund der Dauer, der Betriebszugehörigkeit, dem Verdienst, der Quantität und Qualität der Produktion, oder anderer Gründen, nicht aber auf dem Geschlecht beruhte. Im Gegensatz zum FSLA findet das EPA auf jede Art von Arbeitnehmern Anwendung. Verletzungen des EPA können ebenfalls erhebliche Belastungen des Arbeitgebers nach sich ziehen. Weibliche Arbeitnehmer, die mit einer EPA-Klage Erfolg haben, sind nicht nur zu ihrem entgangenen Gehalt und dem Ersatz der Anwaltskosten, sondern zu einer Zahlung sogar in doppelter Höhe ihrer eigentlichen Ansprüche berechtigt, wenn sie eine willkürliche Verletzung des EPA durch den Arbeitgeber beweisen.

B. Einwanderungsgesetze

Im Jahre 1986 veränderte der US Kongress das Einwanderungsverfahren durch den *Immigration Reform and Control Act*, IRCA. Das Gesetz betrifft alle Arbeitgeber unabhängig von ihrer Größe. ICRA bürdet bedeutsame Geldstrafen gegenüber jedem Arbeitgeber auf, der wissentlich Ausländer ohne Aufenthalts- bzw. Arbeitserlaubnis einstellt. Diese Verpflichtung wird durch das Erfordernis einer ausführlichen Buchführung im Hinblick auf die Identität und die Arbeitserlaubnis eines jeden neuen Arbeitnehmers durchgesetzt. Umgesetzt wird dies im Wesentlichen durch ein Formblatt, die I-9 Form.

Sowohl der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber müssen ihre Angaben unter der Strafandrohung des Meineids beglaubigen. Die I-9 Form verlangt vom Arbeitnehmer die Beglaubigung, dass er eine Arbeitserlaubnis hat und dass er kein sich in den USA illegal aufhaltender Staatsbürger ist. Umgekehrt muss der Arbeitgeber bestätigen, dass er die Arbeitserlaubnisunterlagen geprüft hat und die Unterlagen in Ordnung sind. Bußgelder von 100 bis zu 1.000 USD können unter dem ICRA gegenüber Arbeitgebern festgesetzt werden, die die Überprüfungs- und Aktenführungsbestimmungen nicht einhalten. Ein Arbeitgeber, der wissentlich einen sich illegal in den USA aufhaltenden Ausländer anstellt, kann mit Geldbußen von 250 USD bis zu 10.000. USD für mehrfache

Verstöße belegt werden. Des Weiteren werden Strafsanktionen für besonders schwere Verstöße verhängt. Die Arbeitgeber müssen sicherstellen, dass die Manager über gültige und passende ausländerrechtliche Genehmigungen verfügen, um in den USA arbeiten zu können. Das Einwanderungsverfahren ist manchmal langsam und schwerfällig. Es ist dringend zu empfehlen, dass Unternehmen, die in die USA kommen wollen, höchste Priorität auf den Erhalt der erforderlichen Arbeitserlaubnisse legen.

C. Schutz der Gesundheit und der Sicherheit des Arbeitnehmers

Eine Vielzahl von Gesetzen des Bundes und der einzelnen Bundesstaaten treffen Regelungen im Hinblick auf die Gesundheit und die Sicherheit am Arbeitsplatz. Das wichtigste Bundesgesetz in diesem Zusammenhang ist der *Occupational Safety and Health Act* aus dem Jahr 1970, abgekürzt OSHA. Das Gesetz findet im Allgemeinen Anwendung auf Arbeitgeber mit 11 oder mehreren Arbeitnehmern und verlangt von den Unternehmen, einen Arbeitsplatz ohne erkannte Risiken zur Verfügung zu stellen. Das Gesetz findet auf alle Arten von Arbeitsplätzen, im Büro, in Betrieben und Fertigungsstätten Anwendung. Sämtliche Arbeitnehmer, die für Arbeitgeber tätig sind, die in den Anwendungsbereich des OSHA fallen, werden durch dieses Gesetz geschützt, Manager und Abteilungsleiter eingeschlossen. Die *Occupational Safety and Health Administration*, eine Bundesbehörde, ist mit der Durchsetzung dieses Gesetz betraut. OSHA ermächtigt diese Behörde, unangekündigte Ortsbesichtigungen vorzunehmen, um die Einhaltung der Gesundheits- und Sicherheitsbestimmungen zu kontrollieren. Neben anderen Verpflichtungen erlegt OSHA den Arbeitgebern auf, sämtliche Arbeitsplatzrisiken zu korrigieren und zu minimieren, Sicherheitsprobleme schriftlich zu erfassen und den Arbeitnehmern die Ausübung ihrer Rechte ohne Belästigung und Diskriminierung zu gewährleisten. Das Gesetz verlangt von den Arbeitgebern auch, das Ausgesetztsein der Arbeitnehmer in Bezug auf giftige Materialien schriftlich in angemessener Weise zu dokumentieren und Protokoll über Arbeitsunfälle und arbeitsbezogene Krankheiten zu führen. Jeder Arbeitsunfall, der zum Tod eines Arbeitnehmers oder einem Krankenhausaufenthalt von zumindest fünf Tagen führt, muss der *Occupational Safety and Health Administration* innerhalb von 48 Stunden mitgeteilt werden.

Verletzungen des OSHA können Buß- und Strafgelder zur Folge haben, die für die Verletzung von Sicherheitsstandards, die Nichterfüllung der Dokumentationspflichten oder für willkürliche oder wiederholte Verstöße festgesetzt werden können. Arbeitgeber werden im Falle willkürlicher Außerachtlassung der Sicherheitsstandards, die zum Tod eines Arbeitnehmers beigetragen haben, strafrechtlich verfolgt. Viele Bundesstaaten

haben dem OSHA vergleichbare Regelungen eingeführt. Einige dieser Bundesstaatengesetze (insbesondere das Kalifornische) schützen die Arbeitnehmer sogar stärker als die bundesrechtlichen Regelungen.

D. Zusatzleistungen für Arbeitnehmer und COBRA

Der *Employee Retirement Income Security Act* aus dem Jahr 1974, auch ERISA genannt, regelt als Bundesgesetz Zusatzleistungen für Arbeitnehmer in den Vereinigten Staaten. Es regelt sowohl Pensions- als auch sonstige Sozialleistungspläne. ERISA ist ein genaues und komplexes Gesetzeswerk, das vielfältige Anforderungen im Hinblick darauf enthält, wie Unternehmen Pensions- und Gewinnbeteiligungspläne einrichten und fortführen müssen und wie Pensionen angemessen finanziert und geschützt werden. Dieses Gesetz trifft Regelungen auch in Bezug auf Sozialpläne, die Sozialleistungen für Krankheiten, Unfälle, Behinderung und Tod festlegen.

Um in den Genuss von Steuervergünstigungen zu gelangen, die mit qualifizierten Pensions- und Sozialleistungsplänen verbunden sind, müssen die Arbeitgeber bestimmte Informationen sowohl gegenüber den Planteilnehmern (also den Arbeitnehmen und ihren Familien) als auch gegenüber dem US Department of Labor und dem IRS, der zwei mit der Durchsetzung des ERISA betrauten Bundesbehörden, offen legen. Darüber hinaus bürdet ERISA den Arbeitgebern Treupflichten auf, um die Verwaltung der Zusatzleistungspläne in strikter Konformität mit den geschriebenen Plänen und ausschließlich im Interesse der Planbeteiligten sicherzustellen. Die unter ERISA möglichen Strafen in Fällen der Nichtangabe der erforderlichen Information oder des Verstoßes gegen Treupflichten können sehr strenge Formen annehmen. Arbeitnehmer, Planteilnehmer und Begünstigte können Klagen bei Bundesgerichten mit der Begründung einreichen, der Arbeitgeber habe gegen seine Verpflichtungen unter ERISA verstoßen.

Aufgrund des *Consolidated Omnisbus Budget Reconciliation Act* (COBRA) aus dem Jahr 1985 kommt ERISA auch ins Spiel, wenn einem Arbeitnehmer gekündigt wird. COBRA ergänzte ERISA im Jahr 1986. COBRA verpflichtet Arbeitgeber mit 20 oder mehr Arbeitnehmern, die Fortsetzung der Gesundheitsversicherung anzubieten, wenn Kündigung oder Tod den Verlust der Versicherung des Arbeitnehmers, seiner Ehefrau oder seiner Abkömmlinge bedingen. Der Arbeitgeber muss diese Option zum Zeitpunkt der Kündigung des Arbeitnehmers anbieten, es sei denn die Entlassung erfolgte wegen gröblichen Fehlverhaltens. Die Arbeitgeber sind nicht verpflichtet, für die Deckung der Versicherung zu zahlen. Vielmehr verlangt

COBRA von den Arbeitgebern, den Arbeitnehmern die Möglichkeit anzubieten, die Fortsetzung der Versicherungsleistungen für einen Zeitraum zwischen 18 und 36 Monaten zu 102% des anwendbaren Tarifs zu kaufen.

E. Gesetze in Bezug auf positive Diskriminierungsmaßnahmen (Affirmative Action)

Das Thema der positiven Diskriminierungsmaßnahmen wird von vielen Führungskräften häufig missverstanden. US-amerikanische, beschäftigungsbezogene Antidiskriminierungsgesetze verlangen grundsätzlich nicht positive Diskriminierungsmaßnahmen (*affirmative action*). Vielmehr verbietet das Diskriminierungsrecht speziell Arbeitgebern und ihren Abteilungsleitern die ethnische Herkunft, die Religion, die Behinderung, das Geschlecht oder die nationale Herkunft eines Arbeitnehmers bei personellen Entscheidungen in Betracht zu ziehen. Umgekehrt sind Unternehmen und ihre Abteilungsleiter nicht verpflichtet, positive Diskriminierungsmaßnahmen zugunsten dieser geschützten Individuen, entweder durch Bevorzugung bei Einstellungsentscheidungen oder durch die Herabsenkung der Leistungsanforderungen, zu treffen. Mit anderen Worten, wenn sich zwei Individuen mit gleichen Zeugnissen und gleicher Erfahrung für einen Arbeitsplatz bewerben, und der eine von ihnen weiß und männlich, der andere weiblich und afroamerikanischer Abstammung ist, verpflichtet das Diskriminierungsrecht des Bundes und der einzelnen Bundesstaaten den Arbeitgeber nicht, den einer Minderheit zugehörigen Bewerber zu bevorzugen.

Bestimmte Arbeitgeber sind indes verpflichtet, in speziellen Umständen positive Diskriminierungsmaßnahmen zu treffen. Eine bundesrechtliche Verordnung, die als Executive Order No. 11246 bekannt ist, verpflichtet Unternehmen, die von Bundesbehörden beauftragt wurden, einen *Affirmative Action Plan*, AAP, zu beschließen. Ein AAP richtet Verfahren, Ziele und Zeitpläne ein, um die Einstellung, die Weiterbeschäftigung und die Beförderung von Minderheiten, insbesondere Frauen, zu vergrößern. Beispielsweise müssen Arbeitgeber in der Bauindustrie, die in Vertragsbeziehungen in einem Wert von über 10.000 USD mit der US-Regierung stehen, einen AAP beschließen. In anderen Industriezweigen sind AAPs bei Arbeitgebern, die einen Vertrag mit der Bundesregierung in einem Wert von 50.000 USD haben und 50 oder mehr Arbeitnehmer beschäftigen, notwendig. Im Allgemeinen muss ein AAP eine Aussage im Hinblick auf die Bindung des Unternehmers an die Grundsätze der Chancengleichheit am Arbeitsplatz treffen. Die Aussage muss Darüber hinaus die Einhaltung der Bestimmungen bekräftigen, die sich auf die Ziele und Zeitpläne

für die Korrektur solcher Mängel beziehen, die aus der Untervertretung von Frauen und Minderheiten in bestimmten Arbeitsplätzen und auf den jeweiligen Hierarchieebenen herrühren. In Vertragsbeziehung mit der Regierung stehende Arbeitgeber müssen detailliert über ihre Bemühungen in Bezug auf die Rekrutierung und die Einstellung von Frauen und Minderheiten Buch führen. Darüber hinaus überwacht eine Sonderbehörde des US Department of Labor die Beschäftigungspraktiken jedes in Vertragsbeziehung mit dem Bund stehenden Unternehmens. Die Behörde untersucht mögliche Rechtsverletzungen. Mithin haben Arbeitgeber, die vom Anwendungsbereich der Executive Order No. 11246 erfasst werden, eine Verpflichtung, *affirmative action* zu betreiben, also positive Diskriminierungsmaßnahmen vorzunehmen.

VI. Schutz vor unfairem Wettbewerb durch frühere Arbeitnehmer

Der Schutz vor unfairem Wettbewerb durch gegenwärtige sowie ehemalige Arbeitnehmer sollte ein wesentlicher Punkt in jedem Unternehmen sein. Dies ist ein besonderes kritisches Thema, wenn das Unternehmen Massenentlassungen durchführt. Eine ausländische Führungskraft unterliegt insoweit natürlich denselben Bestimmungen wie jeder andere Arbeitnehmer auch.

Die gesetzlichen Regelungen in Bezug auf Wettbewerb durch gegenwärtige oder ehemalige Arbeitnehmer sind in den Vereinigten Staaten sehr komplex. Die zivilrechtlichen Rechtsbehelfe umfassen Schadensersatzansprüche und einstweilige Verfügungen. Die allgemeinen zivilrechtlichen Rechtsinstitute können zudem in Spiel kommen, je nach dem, was der Arbeitnehmer getan hat und wann. In der Tat ist eine Vielzahl von Prozessen in einer Vielzahl von Bundesstaaten in diesen Fällen nicht ungewöhnlich.

A. Die Notwendigkeit schriftlicher Vereinbarungen zu Beginn der Beschäftigung

Ein Unternehmen kann diese Probleme vermeiden, indem es von Schlüsselarbeitnehmern verlangt, zu Beginn ihrer Beschäftigung eine Vereinbarung zu unterzeichnen, mit dem die Eigentümerstellung des Unternehmens an Patenten, Geschäftsgeheimnissen und anderen firmeneigenen Gegenständen anerkannt wird. Solche Vereinbarungen sollten mit Vorsicht verfasst werden, um die Beibehaltung der *at-will* Beschäftigung zu sichern. Ohne schriftliche Vereinbarungen kann die Inhaberschaft geistigen Eigentums in Gefahr sein. Wenn das Unternehmen zudem

der Auffassung ist, dass ein Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht in unmittelbaren Wettbewerb mit dem Arbeitgeber treten darf, ist ein schriftliches Wettbewerbsverbot wesentlich. Ein Arbeitgeber sollte diese Typen von Verträgen nicht mit jedem Arbeitnehmer seines Unternehmens abschließen. Vielmehr sollten diese Verträge nur in dem zum Schutz des Unternehmensinteresses erforderlichen Umfang abgeschlossen werden.

B. Exit Interviews

Unternehmen sollten sich bemühen, *exit interviews* mit ihren ausscheidenden Arbeitnehmern wenn immer möglich festzulegen. Solche *exit interviews* erlauben dem Arbeitgeber, den Arbeitnehmer vor Augen zu führen, dass sensible, firmeneigene Daten als vertraulich behandelt werden müssen. Darüber hinaus gewähren die Interviews die Möglichkeit, dem scheidenden Arbeitnehmer an das eingegangene Wettbewerbsverbot zu erinnern. Auch dienen die Gespräche als Beweis für das in Kenntnis setzen des Arbeitnehmers darüber, dass das Unternehmen seine Rechte durchzusetzen beabsichtigt. *Exit interviews* geben dem Unternehmen die Grundlage dafür, Arbeitnehmer sofort zu verklagen, wenn diese zu erkennen geben, dass sie nicht beabsichtigten, den Geheimhaltungs- und Wettbewerbsvereinbarungen Folge zu leisten. Natürlich bietet ein letztes Gespräch auch die Gelegenheit, die Rückgabe aller Unterlagen und des Eigentums des Unternehmens zu verlangen.

Beim Angehen dieses Themas sollte ein Unternehmen zuerst darüber entscheiden, welche Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmergruppierungen die größte Bedrohung als mögliche Wettbewerber darstellen. Auf jeden Fall sollte ein Arbeitgeber *exit interviews* mit ausscheidenden Arbeitnehmern führen, die Zugang zum geistigen Eigentum des Unternehmens, Schlüsselkunden oder Geschäftsgeheimnissen hatten. In Vorbereitung des Interviews sollten die über den Arbeitnehmer angelegten Akten danach untersucht werden, ob geeignete Erklärungen über Patent- und Urheberrechtszuweisungen unterzeichnet wurden. Soweit ein Wettbewerbsverbot nicht unterschrieben wurde, kann das *exit interview* die letzte Möglichkeit darstellen, ein solches – wenn auch nur gegen zusätzliche Abfindungsleistungen – zu vereinbaren. Schließlich wäre es klug, wenn zwei Vertreter des Managements das Interview führen würden, so dass sie in einem späteren Rechtsstreit ihre Aussagen gegenseitig gegenüber dem Arbeitnehmer bekräftigen können. Die beiden Manager sollten sorgfältige Aufzeichnungen von ihren Aussagen im Rahmen des *exit interviews* anfertigen.

Kapitel 7
Haftungsfragen

Im folgenden Kapitel wird zunächst erläutert, unter welchen Voraussetzungen das US-amerikanische Recht einen Haftungsdurchgriff auf die Gesellschafter eines Unternehmens (sog. *Piercing The Corporate Veil*) zulässt (unten, I. und II.). Die sich anschließende „Betriebsanleitung" für US-Tochtergesellschaften (unten, III. und IV.) soll dabei helfen, die beschränkte Haftung der Gesellschafter zu erhalten und einen Haftungsdurchgriff auf die Gesellschafter zu vermeiden. Zu guter letzt geht es in diesem Kapitel um die Haftung des Rechtsnachfolgers, die so genannte *Successor Liability* (unten, V.).

I. Haftungsdurchgriff auf die Gesellschafter – Piercing The Corporate Veil

Wenn ein ausländisches Unternehmen eine Zweigniederlassung (*Branch*) in den Vereinigten Staaten betreibt, fehlt es an einer Haftungsbeschränkung. Das Unternehmen haftet grundsätzlich voll und unmittelbar für alle Verbindlichkeiten der US-amerikanischen Niederlassung. Wollen ausländische Investoren ihre Haftung beschränken, errichten sie daher regelmäßig keine Zweigniederlassung, sondern gründen eine *Corporation* oder eine *LLC*. Die beschränkte Haftung bei einer *Corporation* oder *LLC* besteht jedoch nur unter der Voraussetzung, dass ihre Gesellschafter die Rechtsform der Gesellschaft nicht missbrauchen. Was aber ist zu beachten, damit ein solcher Missbrauch nicht angenommen und die Haftungsbeschränkung anerkannt wird?

Ein Kläger kann die beschränkte Haftung einer *Corporation* oder einer *LLC* aufbrechen, wenn er ein Gericht davon überzeugt, die rechtliche Eigenständigkeit der Gesellschaft nicht anzuerkennen. Dann kommt es zum so genannten *Piercing The Corporate Veil*, bei dem das Gericht die Gesellschafter für die Handlungen der *Corporation* haften lässt. Die *Piercing The Corporate Veil*-Doktrin ist die am häufigsten angewandte *Common Law*-Doktrin, wenn es darum geht, eine Muttergesellschaft, sei es eine US-amerikanische oder eine ausländische Mutter, für die Handlungen ihrer Tochtergesellschaften haftbar zu machen. Nach der Doktrin haftet ein Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der *Corporation*, wenn er die rechtliche Eigenständigkeit der Gesellschaft nicht respektiert. Dann wird die Tochtergesellschaft wie ein *„Alter Ego"* des Gesellschafters behandelt. Die Nationalität des Gesellschafters spielt im Rahmen der *Piercing The Corporate Veil-*

Doktrin keine Rolle. Daher besteht die Gefahr, dass eine US-amerikanische Tochtergesellschaft wie ein *Alter Ego* ihrer ausländischen Muttergesellschaft behandelt wird mit der Folge, dass die Zuständigkeit amerikanischer Gerichte in Bezug auf die Muttergesellschaft begründet ist und diese für alle Verbindlichkeiten ihrer Tochter haftet. Die Doktrin gilt auch für *LLCs*. In zahlreichen Bundesstaaten ist dies sogar ausdrücklich im *Limited Liability Company Law* festgelegt.

Die Gerichte halten sich allerdings mit der Anwendung der *Piercing The Corporate Veil*-Doktrin zurück. Sie bejahen eine Durchgriffshaftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur in Ausnahmefällen („*exceptional cases*"). Unter welchen Voraussetzungen ein solcher Ausnahmefall vorliegt, kann nicht abschließend dargestellt werden, da sich die einschlägige Rechtsprechung im Fluss befindet. Gerichtsentscheidungen, die sich mit der Problematik befassen, sind zahlreich und alles andere als stringent. Die Literatur ordnet die Gerichtsentscheidungen fünf Fallgruppen zu, bei denen Gerichte schon immer einen Haftungsdurchgriff bejaht haben, und die im Folgenden näher beschrieben werden: *Instrumentality*-Fälle, *Alter-Ego*-Fälle, *Identity*-Fälle, *Sham Or Shell*-Fälle und *Agency*-Fälle.

In *Instrumentality*-Fällen kommt es zum Haftungsdurchgriff, weil eine Muttergesellschaft eine 100 %ige Tochtergesellschaft beherrscht, und unter Ausnutzung dieser Herrschaft einen Dritten arglistig oder wenigstens rechtswidrig unmittelbar schädigt. In *Alter-Ego*-Fällen kommt es zum Haftungsdurchgriff, wenn sich die Interessen und/oder die Anteilsverhältnisse bei Mutter- und Tochtergesellschaft derart decken, dass die Tochter faktisch nicht mehr selbständig und unabhängig von der Mutter existiert und die fortdauernde Anerkennung der rechtlichen Selbständigkeit der Tochter zu unbilligen Ergebnissen führen würde. Eine US-*Corporation* wird als *Alter-Ego* ihrer Muttergesellschaft angesehen, wenn die Muttergesellschaft die Selbständigkeit und Autonomie der *Corporation* nicht respektiert und dies dazu führt, dass die Gläubiger der *Corporation* arglistig oder wenigstens rechtswidrig geschädigt werden. Dabei ist es nicht erforderlich, dass die Handlungen, die den Haftungsdurchgriff begründen, von der ausländischen Muttergesellschaft ausgehen. Auch Handlungen eines (dritten) verbundenen (US-amerikanischen oder ausländischen) Unternehmens können dazu führen, dass ein Haftungsdurchgriff bejaht wird.

Die *Identity*-Fälle ähneln den Instrumentality- und den *Alter-Ego*-Fällen, stellen aber stärker auf die wirtschaftliche Integration der verbundenen Unternehmen ab.

Ähnlich sind auch die so genannten *Sham Or Shell*-Fälle dadurch gekennzeichnet, dass die Muttergesellschaft, oder auch ein Mehrheitsgesellschafter, die Geschicke der *Corporation* in einem derartigen Maß lenkt, dass keine Anhaltspunkte mehr dafür bestehen, dass die *Corporation* Eigenständigkeit genießt.

In einigen Bundesstaaten kann es darüber hinaus zu einer Konzernhaftung aufgrund vertretungsrechtlicher Grundsätze kommen (*Concept of Agency*).

Auf der Grundlage dieser Fallgruppen lassen sich Merkmale formulieren, die von US-amerikanischen Gerichten bei der Entscheidung, ob eine Durchgriffshaftung möglich ist oder nicht, herangezogen werden. Obwohl sich diese Merkmale von Bundesstaat zu Bundesstaat im Einzelnen unterscheiden, kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die Gerichte insbesondere darauf abstellen, ob sich die Interessen- und Anteilsverhältnisse derart decken, dass die *Corporation* und ihr Gesellschafter praktisch nicht mehr unterschieden werden können, und ob die Annahme einer beschränkten Haftung dazu führen würde, dass betrügerische oder unrechtmäßige Vorgehensweisen von der Rechtsordnung gebilligt würden.

II. Merkmale, die einen Haftungsdurchgriff nahe legen

Die Bestimmung, welche von mehreren bundesstaatlichen Rechtsordnungen auf die Frage der Durchgriffshaftung Anwendung findet, bereitet oft Schwierigkeiten, da sowohl das Recht des Gründungsstaats der Gesellschaft, das Recht ihres Verwaltungssitzes oder das Recht des Schadensortes einschlägig sein können. Hinsichtlich der folgenden, nur auf Grundzüge beschränkten Erörterung der Durchgriffshaftung ist zudem zu beachten, dass sich das Recht der Bundesstaaten in Einzelheiten unterscheidet. Die folgenden Ausführungen sind daher aufgrund ihrer allgemeinen Natur nicht geeignet, konkret auftretende Fälle verbindlich zu lösen.

Ein Grundsatzurteil zur *Alter-Ego*-Fallgruppe führt insgesamt zwölf Merkmale auf, bei deren Vorliegen eine Tochtergesellschaft zuweil als *Alter Ego* ihrer Mutter angesehen werden kann:

(1) die Kapitalausstattung der Tochtergesellschaft ist grob unzulänglich;

(2) Mutter- und Tochtergesellschaft haben identische *Directors* oder identische *Officers*;

(3) Mutter- und Tochtergesellschaft haben einen gemeinsamen Geschäftsbereich;

(4) Mutter- und Tochtergesellschaft reichen einen gemeinsamen Jahresabschluss und eine gemeinsame Steuererklärung ein;

(5) die Muttergesellschaft finanziert ihre Tochter;

(6) die Muttergesellschaft hat die Tochtergesellschaft selbst gegründet;

(7) Mutter- und Tochtergesellschaft sind Mitgesellschafter einer dritten Gesellschaft;

(8) die Muttergesellschaft zahlt die Gehälter für die Arbeitnehmer der Tochtergesellschaft und bestreitet weitere Ausgaben für die Tochter;

(9) die Tochtergesellschaft erhält ihr Geschäft ausschließlich von der Mutter;

(10) die Muttergesellschaft behandelt das Vermögen ihrer Tochtergesellschaft wie eigenes Vermögen;

(11) das Tagesgeschäft beider Gesellschaften wird nicht sauber auseinander gehalten; und

(12) die Tochtergesellschaft hält auch grundlegende gesellschaftsrechtliche Förmlichkeiten nicht ein: Sie führt keine eigenen Bücher, und es werden keine *Stockholder Meetings* und *Board Meetings* abgehalten.

In entsprechender Weise kommt es auf diese Merkmale an, wenn es nicht um den Haftungsdurchgriff auf das Vermögen der Muttergesellschaft, sondern auf das Vermögen eines sonstigen verbundenen Unternehmens geht. Zudem haben sich in Fortentwicklung des Grundsatzurteils zu den *Alter-Ego*-Fällen und der Rechtsprechung zu den *Instrumentality*-Fällen die folgenden weiteren Merkmale als relevant erwiesen:

(1) die Tochtergesellschaft tritt wie eine Abteilung der Muttergesellschaft auf;

(2) das Geschäft der Tochtergesellschaft und deren wirtschaftliche Verantwortung hierfür wird als Angelegenheit der Mutter dargestellt;

(3) die *Directors* und *Officers* der Tochtergesellschaft handeln nicht unabhängig im Interesse der Tochter, sondern folgen im Interesse der Muttergesellschaft deren Weisungen;

(4) Geschäfte zwischen Gesellschafter und Gesellschaft, insbesondere Darlehen, werden nicht zu marktüblichen Bedingungen (*at arm's length*) getätigt, sondern begünstigen den Gesellschafter;

(5) die Muttergesellschaft trifft Entscheidungen für die Tochtergesellschaft;

(6) die Geschäfte von Mutter- und Tochtergesellschaft sind aufgrund von Vermögensvermischung, wechselseitigen Beziehungen oder gemeinsamer Geschäftsführung und überwachung derart miteinander verzahnt, dass nur noch von einem Unternehmen gesprochen werden kann; und

(7) die Tochtergesellschaft erzielt keine Gewinne.

Zu betonen ist hinsichtlich dieser Rechtslage in den Bundesstaaten, dass Bundesgerichte andere Bewertungen der Rechtsfrage vornehmen und eigenständige Merkmale entwickeln können, wenn über Haftungsdurchgriffe im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Bundesrecht zu entscheiden ist. Die vorliegende Darstellung basiert auf Entscheidungen von Gerichten der Bundesstaaten. Bundesgerichte stellen meist auf dieselben Merkmale ab, tendieren aber manchmal auch dazu, einen Haftungsdurchgriff zu bejahen, wenn dies der Verfolgung bundesgesetzlicher Ziele dient. Dies gilt insbesondere für Fälle, in denen es um umweltrechtliche Fragen oder um Arbeitgebersozialleistungen geht.

Nicht alle der oben genannten Merkmale müssen vorliegen, damit ein Haftungsdurchgriff zugelassen wird, und nicht allen Merkmalen kommt die gleiche Bedeutung bei der Entscheidung dieser Frage zu. Normalerweise spielt ein Merkmal für sich allein keine entscheidende Rolle. Tatsächlich ist es regelmäßig „normal", dass einige Merkmale in einem Verhältnis von Mutter- und Tochtergesellschaft vorliegen, wie zum Beispiel das gemeinsame Halten von Anteilen an einer dritten Gesellschaft oder Überschneidungen bei *Officers* oder *Directors*. Diese Merkmale reichen für sich allein genommen daher nicht aus, um einen Haftungsdurchgriff zu begründen.

Zusätzlich zu den zuvor genannten sachlichen Merkmalen, verlangt das Recht der meisten Bundesstaaten für einen Haftungsdurchgriff, dass ein Betrugs- oder Unrechtselement vorliegt. Der genaue Inhalt dieser Voraussetzung ist jedoch unscharf definiert und überschneidet sich teilweise mit Merkmalen, die herangezogen werden, um zu entscheiden, ob ein *Alter-Ego*-Fall vorliegt. In Illinois verlangt man beispielsweise grundsätzlich, dass neben einer Mehrheitsbeteiligung ein betrügerisches Handeln gegeben ist, wobei einige Gerichte in Illinois einen Haftungsdurchgriff wegen grundlegender Ungerechtigkeit („*fundamental unfairness*") zulassen und andere Gerichte im gleichen Bundesstaat einen Haftungsdurchgriff damit begründen, dass der Schutz privater Rechte einen solchen Durchgriff gebiete. In New York wird die eigenständige Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft (und die damit einhergehende

beschränkte Haftung) erst dann nicht anerkannt, wenn Betrug oder betrugsgleiches Unrecht vorliegen oder wenn die Gesellschaft vorwiegend für Geschäfte ihres Gesellschafters genutzt wird. Andererseits reicht es in Kalifornien aus, wenn ein Rechtsformenmissbrauch vorliegt und nur irgendein betrügerisches Element hinzukommt. Einige Bundesgerichte verlangen bei der Anwendung von Bundesrecht für einen Haftungsdurchgriff, dass ein Betrug oder eine sonstige Rechtsverletzung nachgewiesen wird, wohingegen andere Bundesgerichte einen Haftungsdurchgriff auch dann zulassen, wenn eine Gesellschaft dazu genutzt wurde, bundesrechtliche Zwecke zu unterlaufen, insbesondere im Zusammenhang mit der Anwendung von Umweltrecht.

Unter diesen Umständen ist es schwierig, wenn nicht sogar unmöglich, die rechtlichen Verhältnisse einer ausländischen Muttergesellschaft und ihrer US-amerikanischen Tochtergesellschaft so zu strukturieren, dass ein Gericht oder die Geschworenen Betrug oder Unbilligkeit im Ergebnis ablehnen. Auch wenn die Geschäfte einer US-amerikanischen Gesellschaft ordnungsgemäß betrieben werden, ist damit eine Haftungsbeschränkung solange nicht gewährleistet, als eine strikte Trennung zu den Geschäften der mit der Gesellschaft verbundenen Unternehmen nicht besteht. Es ist daher zwingend notwendig, dass eine ausländische Muttergesellschaft Vorkehrungen trifft, um Situationen zu vermeiden, die ein Gericht dazu veranlassen könnten, eine Durchgriffshaftung zu bejahen. Die folgende „Gebrauchsanleitung" für US-Tochtergesellschaften stellt derartige Vorkehrungen aus praktischer Sicht dar. Die „Gebrauchsanleitung" hilft dabei, einen Haftungsdurchgriff zu vermeiden, wobei auch im Falle ihrer Befolgung und der Vermeidung rechtlicher Grenzfälle die Gefahr eines Haftungsdurchgriffs nicht vollständig ausgeschlossen werden kann. Da amerikanische Gerichte einen Haftungsdurchgriff jedoch normalerweise nur in Ausnahmefällen zulassen, sinkt die Wahrscheinlichkeit eines solchen Durchgriffs allerdings erheblich.

III. „Betriebsanleitung"

Eine ausländische Muttergesellschaft sollte angemessene Vorkehrungen treffen, um das Risiko einer Durchgriffshaftung zu begrenzen, und zwar insbesondere im Zusammenhang mit der Kapitalausstattung der US-Tochtergesellschaft, der Geschäftsführung, den Finanzierungsverhältnissen und dem Geschäftsbetrieb. Diese Vorkehrungen, die unten noch detaillierter beschrieben werden, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

(1) Kapitalausstattung – Die Muttergesellschaft sollte sicherstellen, dass die US-Tochtergesellschaft zu Beginn mit ausreichend finanziellen Mitteln ausgestattet wird (Kapital und Kreditlinien) und dies vollständig dokumentieren.

(2) Geschäftsführung der Tochtergesellschaft – Die Muttergesellschaft sollte das Tagesgeschäft der US-Tochter nicht unmittelbar führen. Vielmehr ist die US-Tochtergesellschaft durch ihr eigenes *Board of Directors* bzw. ihre *Managers* zu führen.

(3) Board of Directors, Officers – Das *Board of Directors* oder die *Manager* der US-Tochtergesellschaft sollten die Strategie der Tochter und ihre Hauptziele festlegen sowie alle wesentlichen Geschäftsentscheidungen treffen. Das *Board* der US-Tochter sollte regelmäßig ordentliche Sitzungen abhalten und förmliche Entscheidungen treffen.

(4) Rechtliche Formalitäten, Aufzeichnungen – Die US-Tochter sollte alle rechtlich vorgeschriebenen Formalitäten einhalten und dies auch dokumentieren. Das gilt insbesondere für das Abhalten von Sitzungen der *Directors* und von Gesellschafterversammlungen sowie für das Einhalten aller Antragserfordernisse, Melde- und Publizitätspflichten nach dem Recht der Bundesstaaten. Die US-Tochter sollte zu Dokumentationszwecken außerdem einen zuverlässigen *Secretary* und einen zuverlässigen *Assistant Secretary* ernennen.

(5) Finanzierung – Alle Darlehen, Zinszahlungen, sonstige Finanzbeziehungen sowie alle Geschäfte zwischen der ausländischen Muttergesellschaft und der US-Tochtergesellschaft müssen ordnungsgemäß erfüllt werden und dokumentiert sein sowie zu marktüblichen Konditionen (*at arm's length*) abgeschlossen werden.

(6) Sonstige Geschäfte – Die US-Tochtergesellschaft muss ihre Belegschaft, ihre Geschäfte, ihr Vermögen und ihre Geschäftsunterlagen sauber von denen der ausländischen Muttergesellschaft getrennt halten.

IV. Die „Betriebsanleitung" im Einzelnen

A. Kapitalausstattung

Die Angemessenheit der Kapitalausstattung der Gesellschaft spielt für die Frage, ob es zu einem Haftungsdurchgriff kommt, eine wesentliche Rolle. US-amerikanisches Gesellschaftsrecht und die Entscheidungen amerikanischer Gerichte sind jedoch

nicht besonders aufschlussreich, wenn es darum geht, näher zu bestimmen, was „angemessen" ist. Im Gegensatz zum Gesellschaftsrecht vieler europäischer Staaten, schreibt das Gesellschaftsrecht der meisten amerikanischen Bundesstaaten kein gesetzliches Mindestkapital vor, das bei Geschäftsaufnahme vorhanden sein muss. Die Einlage für gezeichnete *Shares* muss bei deren Ausgabe voll erbracht sein, jedoch ist es in einigen Bundesstaaten zulässig, Zahlungen in Form von Schuldverschreibungen oder auf vergleichbare Weise zu erbringen. Sacheinlagen müssen vom *Board of Directors* bewertet werden. Eine Bewertung oder Überprüfung durch unabhängige Dritte ist dagegen nicht erforderlich. Die Bewertung durch das *Board* ist verbindlich, es sei denn sie erfolgt bösgläubig.

Zahlreiche Gerichte haben entschieden, dass eine Gesellschaft über ausreichend Kapital verfügen muss, wenn sie ihre Geschäfte aufnimmt. Die Gerichte haben ohne zu zögern einen Haftungsdurchgriff bejaht, wenn Gesellschaften praktisch ohne Vermögen gegründet wurden, dabei allerdings nicht näher ausgeführt, unter welchen Voraussetzungen eine Gesellschaft nicht ausreichend mit Kapital ausgestattet ist. Die Angemessenheit der Kapitalausstattung muss jedenfalls anhand des Volumens der Geschäfte beurteilt werden, die die Gesellschaft voraussichtlich durchführen wird. Das heißt aber nicht, dass Unternehmen mit einem hohen Geschäftsrisiko notwendigerweise eine großzügige Kapitalausstattung erfordern. So hat ein Gericht einen Haftungsdurchgriff wegen unzureichender Kapitalausstattung in einem Fallabgelehnt, obwohl die betreffende Gesellschaft den Zweck verfolgte, gesundheitsschädliche Asbeststoffe abzubauen. Gerichte prüfen auch die Werthaltigkeit der Einlagen der Gesellschafter, um festzustellen, ob eine Gesellschaft über ausreichende Kreditlinien (sei es bei der Muttergesellschaft, sei es bei Kreditinstituten) oder andere Mittel verfügt, um ihren Geschäften ordnungsgemäß nachzugehen.

Die Muttergesellschaft kann das Kapitalbudget ihrer Tochtergesellschaft wirksam genehmigen, ohne sich dadurch einer unmittelbaren Haftung auszusetzen. Daneben sollte die Muttergesellschaft sicherstellen, dass die US-Tochter bereits bei Aufnahme ihrer Geschäfte mit ausreichend Kapital ausgestattet ist. Die Muttergesellschaft sollte der US-Tochtergesellschaft unverzüglich ausreichende Vermögensgegenstände übertragen, damit diese ihre Geschäfte aufnehmen kann. Das Kapital kann entweder als Fremd- oder Eigenkapital zur Verfügung gestellt werden. Bei der erstmaligen Kapitalausstattung ist jedoch eine Eigenkapitaleinlage der Gewährung eines Darlehens regelmäßig vorzuziehen, da ein Gesellschafterdarlehen zu marktüblichen Konditionen genügen, also at *arm's length*, gewährt werden muss, damit Schutz vor einer Durchgriffshaftung besteht. Ein Darlehen at *arm's length* ist aber marktüblich zu verzinsen.

Im Idealfall wird die US-Tochtergesellschaft mit so viel Kapital ausgestattet, dass sie von Dritten alle weiteren benötigten Mittel erhalten kann. Dies kann aber je nach Art der Geschäfte der Gesellschaft, der Finanzierungskosten oder vor dem Hintergrund des gegenwärtigen weltweiten Wirtschaftsabschwungs nicht immer praktikabel sein. Oftmals muss die Muttergesellschaft ihrer US-Tochter daher weitere Finanzierungshilfen in Form von Bürgschaften geben. Sollte die Muttergesellschaft ihrer US-Tochter über die anfängliche Kapitalausstattung hinaus in der Folgezeit weitere Finanzierungsmittel zur Verfügung stellen, sollte dies - wie unten näher beschrieben – umfassend dokumentiert werden. Dies gilt natürlich auch für die anfängliche Kapitalausstattung, einschließlich der genehmigten Zeichnung der Anteile, der genehmigten *Shares*, die vom *Board of Directors* oder von den *Managers* auszugeben sind, der gegebenenfalls auszugebenden Anteilsscheine sowie einschließlich aller notwendigen Anzeigen, die im Gründungsstaat zu machen sind.

Zu beachten ist zudem, dass eine – wenn auch begrenzte – Anzahl amerikanischer Gerichte ihr Augenmerk nicht nur auf die anfängliche Kapitalausstattung einer Gesellschaft richtet, sondern auch prüft, ob die Gesellschaft in der Folgezeit mit ausreichend Kapital ausgestattet ist. Eine derartige nachfolgende Unterkapitalisierung kann Bedeutung erlangen, wenn eine Gesellschaft nach erstmaliger Geschäftsaufnahme ihre Verbindlichkeiten wesentlich ausweitet. Diese Rechtsprechung lässt sich jedoch kaum rechtfertigen. Der Unterschied zwischen anfänglicher und nachträglicher Unterkapitalisierung ist recht bedeutsam, da fast jede insolvente Gesellschaft zum Zeitpunkt ihrer Insolvenz unterkapitalisiert sein wird, selbst wenn die betreffende Gesellschaft ursprünglich mit ausreichend Kapital ausgestattet war. Anders als im Gesellschaftsrecht einiger anderer Staaten, verlangt das amerikanische Gesellschaftsrecht nicht, dass die Gesellschafter oder das Management das Gesellschaftskapital im Interesse der Gesellschaftsgläubiger erhalten. Es werden keine Handlungspflichten ausgelöst, wenn ein bestimmter Teil des Gesellschaftskapitals verloren geht. Nachfolgende Unterkapitalisierung kann daher nur dann bedeutsam werden, wenn die Gesellschaft plötzlich in erheblich höherem Umfang Verbindlichkeiten eingeht. Wenn eine Gesellschaft aus dem Insolvenzverfahren entlassen wird, sollte sichergestellt werden, dass ihre Kapitalausstattung zu diesem Zeitpunkt wieder ausreichend ist.

B. Geschäftsführung der Tochtergesellschaft

Eine hundertprozentige Tochtergesellschaft wird nie vollständig unabhängig von ihrer Muttergesellschaft sein. Dies gilt insbesondere dann, wenn Mutter- und Tochtergesellschaft auch noch (teilweise) identische *Directors* und *Officers* haben.

Eine „*good business practice*" erfordert darüber hinaus, dass die Muttergesellschaft die Geschäfte und die wirtschaftlichen Verhältnisse der Tochtergesellschaft regelmäßig kontrolliert. Eine solche Überwachung und die darin liegende Genehmigung führen – sofern sie ordnungsgemäß erfolgen – nicht dazu, dass die Tochtergesellschaft zum *Alter Ego* der Muttergesellschaft wird und die Voraussetzungen einer Durchgriffshaftung vorliegen. Das unmittelbare oder mittelbare Halten einer Anteilsmehrheit vermitteln dem Mehrheitsgesellschafter die üblichen Gesellschafterrechte (z.B. das Recht, *Directors* zu bestellen, oder über die Gesamtstrategie der Gesellschaft zu entscheiden), ohne den Schutz der Haftungsbeschränkung zu verlieren. Es ist selbstverständlich, dass eine Muttergesellschaft ihre Tochtergesellschaft allgemein überwacht. Eine solche Überwachung ist daher unproblematisch, solange die Muttergesellschaft nicht unmittelbar in das Tagesgeschäft der Tochter eingreift. Unproblematisch ist es daher, wenn die Muttergesellschaft bei der Tochtergesellschaft nur die allgemeine Geschäftsentwicklung überwacht, Finanzierung und Budgetierung beaufsichtigt und die Gesamtstrategie festlegt. Die Muttergesellschaft darf auch unmittelbar an der Finanzierung der Tochtergesellschaft und bei deren grundlegenden Entscheidungen mitwirken, ohne dass die Gefahr eines Haftungsdurchgriffs besteht. Erlaubt ist es danach zum Beispiel, bestimmte Handlungen von der Zustimmung der Muttergesellschaft abhängig zu machen, wobei unter anderem der Abschluss von Mietverträgen, die Veräußerung von Vermögensgegenständen, der Erwerb von Enkelgesellschaften, Budgetierungsfragen und überhaupt alle wesentlichen Entscheidungen zu diesen Handlungen zählen können. Die Muttergesellschaft darf auch für ihre Tochter Bürgschaften gegenüber Kreditgebern abgeben. Vorausgesetzt, die rechtlichen Formalitäten werden eingehalten, kann die Muttergesellschaft wesentliche oder außergewöhnliche Fragen der Tochtergesellschaft immer mitentscheiden. Der bloße Umstand, dass bestimmte, außergewöhnliche Geschäfte der Zustimmung der Muttergesellschaft bedürfen, begründet noch keine Herrschaft, die eine Durchgriffshaftung nahe legen könnte.

Damit die Herrschaft der Muttergesellschaft zu einer Durchgriffshaftung führt, muss die Muttergesellschaft das Tagesgeschäft der Tochtergesellschaft auf eine Art und Weise beherrschen, dass der Tochtergesellschaft kaum noch eigenständige Bedeutung zukommt. Eine Durchgriffshaftung, die mit der Beherrschung der Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft begründet wird, erfordert im Allgemeinen, dass die Muttergesellschaft auch in das Tagesgeschäft der Tochtergesellschaft eingreift. Dass das Mitwirken an wesentlichen Entscheidungen dagegen nicht ausreichen kann, zeigt sich auch an gesetzlichen Bestimmungen: Das Gesellschaftsrecht vieler

Bundesstaaten schreibt vor, dass bestimmte Transaktionen, wie zum Beispiel bestimmte Formen der Verschmelzung oder die Veräußerung wesentlicher Vermögensteile, der Zustimmung der Gesellschafter bedürfen. Dies ist Ausdruck des allgemeinen Gedankens, dass die Gesellschafter an wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft partizipieren sollen. Was das Gesetz verlangt, kann nicht mit dem Verlust der beschränkten Haftung „bestraft" werden.

Es ist im US-amerikanischen Recht folglich durchaus möglich, dass eine US-Tochtergesellschaft auch dann eine eigenständige juristische Person bleibt, wenn die Muttergesellschaft die Aktivitäten der Tochtergesellschaft überwacht und zu diesem Zweck strenge Kontrollmechanismen eingeführt hat. Um einen Haftungsdurchgriff zu vermeiden, ist es jedoch unumgänglich, dass die Muttergesellschaft diese Überwachung und Kontrolle weitestgehend durch das *Board of Directors* ausüben lässt.

C. Board of Directors, Officers

Die Geschäfte einer US-*Corporation* werden üblicherweise vom *Board of Directors* geführt. Die Handlungen des *Boards* unterliegen dabei dem Recht des Gründungsstaates der Gesellschaft. Es ist grundsätzlich ratsam, ein *Board* zu haben, das mehr als ein Mitglied hat (üblich sind *Boards* mit drei oder fünf Mitgliedern) und dem möglicherweise ein oder zwei *Directors* angehören, die nicht der Muttergesellschaft zuzuordnen sind (so genannte *Outside Directors*). Ein großes *Board*, insbesondere ein *Board*, dem auch *Outside Directors* angehören, achtet erfahrungsgemäß stärker darauf, dass die rechtlichen Formalitäten eingehalten werden und dass die Tochtergesellschaft unabhängig geführt wird.

Die *Directors* tragen die Verantwortung für die Geschäftsführung. Sie üben alle gesellschaftsrechtlichen Rechte aus, die nicht den Gesellschaftern vorbehalten sind. In die Zuständigkeit der *Directors* fällt das Recht zur Geschäftsführung, das Recht, über Ausschüttungen zu entscheiden sowie das Vorschlags- und Genehmigungsrecht bei wesentlichen Entscheidungen, wie zum Beispiel bei Verschmelzungen der *Corporation* und bei ihrer Konzernierung oder Auflösung. Das *Board* stimmt über Geschäftsführungsfragen üblicherweise in Sitzungen ab, die nach den *By-Laws* der *Corporation* einberufen werden. Das Abhalten regelmäßiger Sitzungen der *Directors* (und mindestens einmal pro Jahr eine Gesellschafterversammlung) ist ein wichtiges Mittel, um die Selbständigkeit der Tochtergesellschaft gegenüber ihrer Mutter sicherzustellen.

Die Managementstruktur einer *LLC* kann flexibel gestaltet werden. Die *LLC* kann wie eine *Corporation* eine *Board*-Struktur mit *Officers* haben. Ihre Geschäfte können aber auch von *Managers* geführt werden, denen eine ähnliche Funktion und ähnliche Kompetenzen wie Geschäftsführern einer deutschen GmbH zukommt. *Managers* müssen keine formellen Sitzungen abhalten. Dennoch ist es wichtig, dass alle Handlungen der *LLC* von ihren Managers oder deren Beauftragten vorgenommen werden.

Beschäftigte einer US-Tochtergesellschaft neigen dazu, sich unmittelbar mit ihrem Gegenüber bei der ausländischen Muttergesellschaft abzustimmen und diesem zu berichten. Umgekehrt neigt eine ausländische Muttergesellschaft oft dazu, die Geschäfte ihrer US-Tochter zu einem gewissen Ausmaß unmittelbar und ad-hoc zu führen. Diese informelle Vorgehensweise kann sich, wenn es um die Frage des Haftungsdurchgriffs geht, nachteilig auswirken. Daher sollte die ausländische Muttergesellschaft die Geschäfte ihrer amerikanischen Tochter nicht unmittelbar selbst führen. Es ist vielmehr empfehlenswert, dass die Muttergesellschaft *Directors* in das *Board* der Tochtergesellschaft beruft, die für die Überwachung des US-Geschäfts verantwortlich sind und die das Tagesgeschäft der US-Tochter den *Officers* überlassen.

Die ausländische Muttergesellschaft kann ihre eigenen Angestellten oder die eines verbundenen Unternehmens in das *Board* der US-Tochtergesellschaft berufen. Es ist nicht erforderlich, dass die *Directors* amerikanische Staatsbürger sind oder sich dauerhaft in den Vereinigten Staaten aufhalten. Obwohl dies nicht ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben ist, ist es – sofern praktisch möglich – empfehlenswert, ein oder mehrere Personen in das *Board* zu berufen, die nicht gleichzeitig Geschäftsführungsaufgaben der Muttergesellschaft wahrnehmen oder einem mit der Muttergesellschaft verbundenen Unternehmen angehören. Die Bestellung solcher unabhängiger *Directors* stellt sicher, dass die Geschäfte der Tochtergesellschaft unabhängig geführt werden und erleichtert es, eine im Prozess geltend gemachte Durchgriffshaftung abzuwehren. Grundsätzlich ist es aber unschädlich, Angestellte der ausländischen Muttergesellschaft in das *Board of Directors* zu berufen, solange nur diese *Directors* tatsächlich als *Board* auftreten und die gesellschaftsrechtlichen Formalitäten einhalten. In den Worten des *US Supreme Courts:"[It is] entirely appropriate for directors of a parent corporation to serve as directors of its subsidiary, and that fact alone may not serve to expose the parent corporation to liability for its subsidiary's acts."*[*]

[*] Es ist nicht zu beanstanden, wenn die *Directors* der Muttergesellschaft gleichzeitig auch die *Directors* der Tochtergesellschaft sind, und dieser Umstand allein kann eine Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaften nicht begründen.

Personelle Überschneidungen beim Management können, wenn sie mit einer Unterkapitalisierung der Tochtergesellschaft und einer übermäßigen Beherrschung durch die Muttergesellschaft einhergehen, jedoch einen Haftungsdurchgriff begründen. Wo dies praktikabel ist, sollten daher Vorkehrungen gegenüber diesem Zustand getroffen werden und beispielsweise ein oder mehrere unabhängige *Directors* bestellt werden.

Nach dem Recht der Bundesstaaten ist es generell zulässig, dass eine US-Tochtergesellschaft nur einen einzigen *Director* hat. Hat die Gesellschaft aber mehrere *Directors*, werden die gesellschaftsrechtlichen Formalitäten eher eingehalten, was dazu führt, dass die Gesellschaft unabhängig geführt wird. Wenn diese *Directors* als *Board* (oder als Ausschuss des *Boards*), also als Kollegialorgan, Budgets und Strategien festlegen, genügt dies in der Regel den gesellschaftsrechtlichen Formalitäten, selbst wenn die entsprechenden Beschlüsse einvernehmlich gefasst werden. Wenn auf diese Art Beschlüsse herbeigeführt werden, sind dies allein Beschlüsse der Tochtergesellschaft und nicht solche der Muttergesellschaft. Sie unterstreichen zusätzlich die Unabhängigkeit der Geschäftsführung der amerikanischen Tochter.

Directors einer amerikanischen *Corporation* handeln ausschließlich als Kollegialorgan. Sie können nicht einzeln die Gesellschaft vertreten. Die *Directors* trifft gegenüber den Anteilseignern eine Treuepflicht (*Fiduciary Duty*). Sie sind daher nicht berechtigt, sich von anderen *Directors* oder von Dritten bei Abstimmungen vertreten zu lassen. Normalerweise überträgt das *Board of Directors* die Verantwortung für das Tagesgeschäft an die *Officer* der Gesellschaft. Zu den *Officers* zählen in der Regel der *President*, ein oder mehrere *Vice-Presidents*, ein oder mehrere *Secretaries* und der *Treasurer*. Die *Officers* werden vom *Board of Directors* gewählt und können jederzeit abberufen werden. Im besten Fall hat eine amerikanische Tochtergesellschaft ihre eigenen *Officers*. Dies schließt aber nicht aus, dass ein Vertreter der ausländischen Muttergesellschaft zum *Chairman* des *Board of Directors* ernannt wird.

D. Gesellschaftsrechtliche Formalitäten und Aufzeichnungen

Es ist wichtig, dass jeder *Officer* dem *Board of Directors* der US-Tochtergesellschaft berichtet, anstatt sich direkt an Beschäftigte der ausländischen Muttergesellschaft zu wenden. In den Vereinigten Staaten gibt es kein Handelsregister, dem die Vertretungsmacht der *Officers* einer *Corporation* zu entnehmen ist. Auch schriftliche Vollmachten werden selten erteilt. In der Regel müssen daher wesentliche Handlungen, die ein *Officer* namens der *Corporation* vornehmen möchte (zum Beispiel die meisten Bankgeschäfte) vom *Board* genehmigt werden. Zu Einzelheiten betreffend die

Funktion und die Arbeitsweise des *Board of Directors* und der *Officers* siehe oben, Kapitel 2 – US-amerikanische Gesellschaften. Einige Gerichtsentscheidungen haben den Fortbestand einer *Corporation* (und damit die Ablehnung eines Haftungsdurchgriffs) unter anderem auch darauf gestützt, dass die Gesellschaft ordnungsgemäße Aufzeichnungen vorweisen konnte. So begründete beispielsweise ein Gericht die Eigenständigkeit und unabhängige Führung einer *Corporation* mit den detaillierten Protokollen der Gesellschafterversammlungen, die der *Secretary* angefertigt hatte. Der *Secretary* ist für die Aufzeichnungen (*Records*) der Gesellschaft zuständig. Da diese Aufzeichnungen einen Beleg für die Eigenständigkeit der Gesellschaft darstellen, ist es wichtig, eine zuverlässige Person zum *Secretary* zu ernennen. Viele Unternehmen ernennen daher einen Juristen aus ihrer Rechtsabteilung oder einen externen Rechtsanwalt zum *Secretary* (oder zum *Assistant Secretary*).

Darüber hinaus verlangen die Geschäftspartner einer *Corporation* oftmals, dass der *Secretary* die Vertretungsmacht des *Officers*, der namens der Gesellschaft eine Erklärung abgibt, bestätigt. Diese Bestätigung ist keine Zweitunterschrift namens der Gesellschaft, sondern vielmehr die Erklärung des *Secretary*, dass der *Officer*, der das entsprechende Dokument unterschrieben hat, vom Board der *Corporation* oder gemäß ihrer Satzung dazu ermächtigt wurde. Dem *Secretary* (und dem *Assistant Secretary*) kommt also auch die Funktion zu, sicherzustellen, dass Handlungen der Gesellschaft ordnungsgemäß vorgenommen werden.

Im Vergleich dazu sind Gesellschafter einer *Limited Liability Company* deutlich weniger gefährdet, die Haftungsbeschränkung allein dadurch zu verlieren, dass sie die üblichen Formalitäten und Voraussetzungen missachten, die in Hinblick auf eine Vertretung der *LLC* oder die Führung ihrer Geschäfte bestehen. Dies liegt daran, dass Gesetze über die *LLC* vorsehen, dass *LLCs* unter deutlich geringeren Formalitätserfordernissen tätig werden als eine *Corporation* und dies grundsätzlich nicht zum Verlust der Haftungsbeschränkung führt. Eine betrügerische Nutzung der *LLC* decken jedoch auch diese Vorschriften nicht. Ebenso kann eine Vermischung der *LLC*-Vermögenswerte mit den Vermögenswerten der Gesellschafter die Gesellschafter dem Risiko eines Haftungsdurchgriffs aussetzen.

E. Financial Operations

Die zur Abwehr einer *Alter-Ego*-Durchgriffshaftung erforderliche Unabhängigkeit erstreckt sich auch auf die Finanzierung der US-*Corporation*. Die *Corporation* sollte finanziell soweit wie möglich von ihrer Muttergesellschaft unabhängig sein. Die

amerikanische Tochtergesellschaft sollte ihre Erträge selbständig erzielen und verplanen sowie ihr *Working Capital* separat aufbringen. Über die Finanzen ist selbständig Buch zu führen. Wird die Tochtergesellschaft von ihrer ausländischen Muttergesellschaft finanziell unterstützt, sollte dies zu marktüblichen Konditionen (*at arm's length*) geschehen.

Die ausländische Muttergesellschaft und ihre amerikanische Tochter müssen drauf achten, dass sie ihre Angestellten selbst entlohnen und ihre Rechnungen selbst begleichen. Alle Anhaltspunkte dafür, dass dies nicht geschieht, können zur Begründung einer Durchgriffshaftung dienen. Mutter- und Tochtergesellschaft dürfen außerdem nicht ihre Vermögensmassen vermischen. Dementsprechend muss die amerikanische Tochtergesellschaft eigene Bankkonten eröffnen, eigene Einzahlungen auf diese Konten vornehmen und selbst Schecks ausstellen, um die an sie adressierten Rechnungen zu begleichen. Rechnungen und andere Verbindlichkeiten der amerikanischen Tochtergesellschaft sollten nicht von Konten der ausländischen Muttergesellschaft bezahlt werden, selbst wenn die amerikanische Tochter- oder Konzerngesellschaft später entsprechende Ausgleichszahlungen vornimmt. Nur *Officers* der amerikanischen Tochtergesellschaft sollten berechtigt sein, Schecks zu zeichnen und Kredite für die amerikanische Tochtergesellschaft aufzunehmen. Lieferantenverträge sollten im Namen der Tochtergesellschaft abgeschlossen und Maschinen in ihrem Namen erworben werden – nicht im Namen der Muttergesellschaft. Die amerikanische Tochtergesellschaft sollte die Renten ihrer Angestellten und andere Sozialleistungen selbst bestreiten, die ausländische Muttergesellschaft kann jedoch insoweit als Bürge oder als Verwalter für alle Konzerngesellschaften fungieren. Es gibt bislang auch keine Gerichtsentscheidungen, bei denen ein Haftungsdurchgriff damit begründet wurde, dass eine ausländische Gesellschaft Sozialleistungen für einen Angestellten erbracht hat, der zu einer amerikanischen Tochtergesellschaft entsandt wurde.

Im Idealfall wird eine Gesellschaft mit so viel Eigenkapital ausgestattet, dass sie sich ohne Bürgschaften und sonstige Unterstützungen der Muttergesellschaft, oder anderer Investoren finanzieren kann. Meist ist dies jedoch nicht möglich. Wenn die amerikanische Tochtergesellschaft beabsichtigt, ein Darlehen bei ihrer ausländischen Muttergesellschaft aufzunehmen, sollten die Darlehenskonditionen marktüblich (*at arm's length*) sein. Insbesondere müssen Verzinsung und sonstige Kreditkosten sowie die Besicherung des Darlehens so ausgestaltet werden, dass auch fremde Dritte bereit wären, der Gesellschaft ein solches Darlehen zu gewähren. Der Darlehensvertrag, etwaige Schuldverschreibungen oder sonstige rechtlichen Dokumente sollten dem gängigen

Standard entsprechen. Geschieht dies nicht, weist also ein Darlehen beispielsweise einen besonders günstigen Zinssatz auf und ist obendrein nicht sorgfältig dokumentiert, kann dies einen Haftungsdurchgriff begründen. Nimmt die Gesellschaft Kredit von dritter Seite in Anspruch, sollte sie sicherstellen, dass der Kreditgeber die Kreditvergabe nicht ausschließlich von Bürgschaftserklärungen und weiteren Verpflichtungen der ausländischen Muttergesellschaft abhängig macht. Ansonsten kann dies ebenfalls eine Durchgriffshaftung begründen.

Oft stellen Muttergesellschaften ihren Töchtern auch Produkte oder Dienstleistungen zur Verfügung und vereinbaren dabei außergewöhnlich lange Zahlungsfristen, um auf diese Weise die Tochtergesellschaft mit *Working Capital* auszustatten. Dagegen ist an sich nichts einzuwenden, solange dies gleichmäßig geschieht und ordnungsgemäß dokumentiert wird. Gerät die Tochtergesellschaft jedoch in finanzielle Schwierigkeiten, befindet sich die Muttergesellschaft in einer schwächeren Gläubigerposition, als sie sich befinden würde, wenn sie eine entsprechende finanzielle Unterstützung in Form eines ordentlichen *Working Capital*-Darlehens gewährt hätte.

F. Sonstige Geschäfte

Ein Gericht untersucht im Rahmen der Prüfung, ob ein die Durchgriffshaftung begründender *Alter-Ego*-Fall vorliegt, die täglichen Geschäfte einer *Corporation* beziehungsweise einer *LLC* in jeglicher Hinsicht. Daher sollte die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft für das Tagesgeschäft zuständig sein. Dazu gehören insbesondere: Produktion, Vertrieb, Marketing sowie die Einhaltung umwelt- und abfallrechtlicher Vorschriften.

Nach amerikanischem Recht ist der Gesellschafter einer *Corporation* berechtigt, die Bücher der Gesellschaft zu Geschäftszeiten einzusehen, um sich über die wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft zu unterrichten. Ebenso wenig wird eine Durchgriffshaftung dadurch begründet, dass die Finanzen der Tochtergesellschaft und ihre Budgetierung in regelmäßigen Abständen von der Muttergesellschaft überwacht und kontrolliert werden.

Wenn Mutter- und Tochtergesellschaft dieselben Arbeitnehmer beschäftigen und dieselben Geschäftsräume nutzen, kann dies ein Beleg für eine *Alter-Ego*-Beziehung sein. Deshalb sollten die ausländische Muttergesellschaft und ihre amerikanische Tochtergesellschaft jeweils eigene Arbeitnehmer einstellen. Die Übernahme von Arbeitnehmern oder unklare Zuordnungen sind häufig ein Grund dafür, dass eine *Alter-Ego*-Beziehung und damit eine Durchgriffshaftung bejaht wird. Sollen Arbeitnehmer

der ausländischen Muttergesellschaft für die amerikanische Tochtergesellschaft tätig werden, ist es ratsam, ihren Anstellungsvertrag mit der Muttergesellschaft zu beenden und einen neuen Vertrag mit der Tochtergesellschaft abzuschließen, anstatt die Arbeitnehmer zu entsenden. Wenn Arbeitnehmer bei der Tochtergesellschaft eingestellt, aber in Betrieben der Muttergesellschaft ausgebildet werden, sollten sie durchgehend von der Tochtergesellschaft bezahlt werden. Angestellte der ausländischen Muttergesellschaft, die vorübergehend in den Vereinigten Staaten für die dortige Tochtergesellschaft tätig werden, sollten nicht im Namen der Tochtergesellschaft handeln und überhaupt so wenig wie möglich mit Dritten in Kontakt treten. Ist es unumgänglich, dass ein Arbeitnehmer für beide Gesellschaften tätig wird, sollten die Zeiten ordnungsgemäß festgehalten werden, die der Arbeitnehmer für jede Gesellschaft gearbeitet hat und separat entlohnt werden. Am besten sollte es jedoch ganz vermieden werden, dass ein Arbeitnehmer für beide Gesellschaften tätig ist. Wenn die ausländische Muttergesellschaft sich Arbeitnehmer der amerikanischen Tochtergesellschaften ausleiht, damit diese für sie selbst oder für einen ihrer Kunden tätig werden, sollte die Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft dafür ihre üblichen Sätze, die sie auch Dritten berechnen würde, in Rechnung stellen.

Jede Gesellschaft sollte schließlich auch eigene Geschäftsräume, eine eigene Postanschrift und eine eigene Telefonnummer haben. Wenn die ausländische Muttergesellschaft und die amerikanische Tochtergesellschaft miteinander Geschäfte machen wollen, sich gegenseitig Material zur Verfügung stellen oder Dienste erbringen, sollten hierüber klare Vereinbarungen zu marktüblichen Konditionen getroffen werden. Wenn eine der beiden Gesellschaften die Räumlichkeiten, Ausstattungsgegenstände oder sonstiges Vermögen der anderen Gesellschaft nutzt, ist eine marktübliche Miete zu entrichten.

V. Haftung der Nachfolgegesellschaft

Wenn beabsichtigt ist, dass die Muttergesellschaft oder ein anderer Rechtsträger der amerikanischen Tochtergesellschaft Vermögen überträgt, sollte die amerikanische Tochtergesellschaft versuchen, die Gefahr einer Haftung kraft Nachfolge (*successor liability*) oder wegen sonstiger Gründe hinsichtlich dieses Vermögens zu begrenzen.

In einigen Bundesstaaten existieren so genannte *bulk sale laws*, nach denen ein Käufer, der nahezu das gesamte Vermögen des Verkäufers erwirbt, sicherstellen muss, dass der von ihm entrichtete Kaufpreis dazu verwendet wird, die Verbindlichkeiten des Verkäufers zu tilgen. Die meisten Bundesstaaten haben diese Käuferpflicht aber wieder abgeschafft oder gar nicht erst Gesetz werden lassen, sondern verlangen

stattdessen lediglich, dass der Verkäufer die bevorstehende Vermögensübertragung seinen Gläubigern anzeigt. Reicht der an den Verkäufer gezahlte Kaufpreis nicht aus, die Gläubiger zu befriedigen, sind die Gläubiger berechtigt, den Käufer nach der *Successor Liability*-Theorie haftbar zu machen. Löst sich die verkaufende Gesellschaft, nachdem ihr Vermögen auf eine amerikanische Tochtergesellschaft übergegangen ist, auf oder verbleibt ihr zu wenig Vermögen, um alle Verbindlichkeiten zu begleichen, können die Gläubiger der Verkäuferin auch die amerikanische Tochtergesellschaft in Anspruch nehmen und sogar bereits gegen die Verkäuferin anhängige Klagen auf die Tochtergesellschaft erweitern. Entwicklungen in diesem Rechtsgebiet sollten unbedingt verfolgt werden, um unangenehme Überraschungen zu vermeiden.

A. Successor Liability-Recht im Überblick

Nach der so genannten *Successor Liability*-Theorie soll der Übernehmer eines Geschäfts in bestimmten Fällen für die Verbindlichkeiten des Verkäufers haften. Nach dem Recht der meisten Bundesstaaten haftet eine Gesellschaft, die das gesamte oder den wesentlichen Teil des Vermögens einer anderen Gesellschaft erwirbt, aber grundsätzlich nicht für deren Verbindlichkeiten. Dazu gibt es vier Ausnahmen: (1) Die übernehmende Gesellschaft übernimmt auch ausdrücklich die Verbindlichkeiten des Verkäufers; (2) der Verkauf führt de facto zu einer Verschmelzung beider Gesellschaften (*de facto merger*); (3) die Käufergesellschaft ist nichts anderes als die Fortführung der Verkäufergesellschaft; und (4) das Geschäft wurde zu dem Zweck vorgenommen, Gläubiger abzuschütteln.

Im Hinblick auf diese Ausnahmen haben Gerichte eine Haftung des Vermögenserwerbers zum Beispiel bejaht, wenn die Käufergesellschaft mit identischen Gesellschaftern das Geschäft des Verkäufers fortführt, sich dabei desselben Managements und derselben Belegschaft bedient, dieselbe Produktionsstätte nutzt und auch im Übrigen die Identität der Verkäufergesellschaft beibehält. In derartigen Fällen haben Gerichte häufig entschieden, dass es unbillig sei, den klagenden Gläubigern einen Zugriff auf die Käufergesellschaft zu verwehren.

Verschieden Bundesstaaten, zum Beispiel Maryland, New Jersey, und Pennsylvania haben diese Ausnahmefälle zudem in Produkthaftungsfällen insoweit ausgedehnt, als sie eine Haftung der übernehmenden Gesellschaft schon dann angenommen haben, wenn sie im Wesentlichen das Geschäft der Verkäufergesellschaft fortführt (so genannte *substanial continuity exception*) oder dasselbe Produktsortiment produziert (so genannte *products line exception*).

Darüber hinaus haben einige Bundesstaaten, darunter Louisiana, Maryland, New York und Pennsylvania, der übernehmenden Gesellschaft die Pflicht auferlegt, auch frühere Kunden zu warnen, wenn sie die Kunden der Verkäufergesellschaft übernimmt und der Fehler eines Produktes bekannt wird. Dementsprechend gibt es Gerichtsentscheidungen, die eine Haftung aufgrund Vermögensübernahme zwar abgelehnt, eine Haftung wegen Verletzung dieser Warnpflicht aber bejaht haben.

Jede dieser Fallgruppen hat eigene Haftungsvoraussetzungen. Allen Fallgruppen ist jedoch gemein, dass (1) die amerikanische Tochtergesellschaft (im Wesentlichen) das Vermögen des Verkäufers erwirbt, (2) der Verkäufer nach der Vermögensübertragung fortbesteht und (3) die amerikanische Tochtergesellschaft in Kontakt mit den Kunden des Verkäufers tritt.

Wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, ist es unwahrscheinlich, dass die Gläubiger der Verkäufergesellschaft mit einer gegen die amerikanische Tochtergesellschaft erhobenen Haftungsklage obsiegen. Um dies sicherzustellen, sollte die amerikanische Tochtergesellschaft von der Verkäufergesellschaft weitestgehend unabhängig sein, und die Verbindung beider Gesellschaften auf ein Minimum reduziert, die Selbständigkeit der Tochtergesellschaft dagegen betont werden. Dies kann zum Beispiel dadurch geschehen, dass die Verkäufergesellschaft nach Veräußerung der amerikanischen Tochtergesellschaft ihren Geschäftsbetrieb einstellt und erlischt und dabei ausreichend Vermögen zurückbehält, um etwaige Ansprüche Dritter befriedigen zu können.

B. Klassische Fälle von Successor Liability

1. Schuldübernahme

Im Regelfall prüfen Gerichte, ob der Vertrag über den Vermögenserwerb ausdrücklich oder konkludent vorsieht, dass die Erwerbergesellschaft auch die Verbindlichkeiten des Verkäufers übernimmt. Ist dies nicht der Fall, scheidet eine Haftung der Erwerbergesellschaft unter dem Aspekt der Schuldübernahme aus.

2. De-facto-Verschmelzung

Nach amerikanischem Gesellschaftsrecht gehen im Falle einer Verschmelzung die Verbindlichkeiten der aufgehenden Gesellschaft auf die aufnehmende Gesellschaft über. Nach der Rechtsprechung ist dies aber auch dann der Fall, wenn zwar keine eigentliche Verschmelzung durchgeführt wurde, aber die Transaktion im Wesentlichen

einer Verschmelzung gleicht. Dafür gibt es nach der Rechtsprechung grundsätzlich vier Merkmale: (1) die Erwerbergesellschaft führt das Unternehmen fort; (2) der Gesellschafterbestand ändert sich nicht, weil die Gegenleistung aus Gesellschaftsanteilen besteht; (3) die Verkäufergesellschaft erlischt unmittelbar nach der Transaktion, oder kurze Zeit später; und (4) die Erwerbergesellschaft übernimmt lediglich die Verbindlichkeiten soweit dies zur Fortführung des Geschäfts nötig ist.

3. Unveränderte Fortführung des Geschäfts

Die Rechtsprechung bejaht eine Haftung des Vermögenserwerbers auch in den Fällen, in denen die Gesellschafter und das Management von Verkäufer- und Käufergesellschaft identisch sind und der Geschäftsbetrieb unter der alten Firma, in denselben Geschäftsräumen und mit demselben Personal fortgeführt wird. So wurde beispielsweise eine Haftung der Käufergesellschaft bejaht, wenn nur ein einzelner Geschäftbereich erworben, aber auf dieselbe Art und Weise wie bei der Verkäufergesellschaft fortgeführt wurde. Besteht die Verkäufergesellschaft nach der Vermögensübertragung indes fort und ist sie in der Lage, die Gläubiger zu befriedigen, wird ein Gericht in den allermeisten Fällen eine Haftung des Vermögenserwerbers ablehnen.

4. Missbräuchliche Gläubigerbenachteiligung

Nach der Rechtsprechung kann der Vermögenserwerber schließlich den Gläubigern des Veräußerers dann haften, wenn der Veräußerer durch die Transaktion missbräuchlich und in betrügerischer Weise versucht, seine Gläubiger zu benachteiligen. Die ersten Gerichtsentscheidungen, die eine Haftung auf dieser Grundlage annahmen, begründeten dies damit, dass es ein Betrug gegenüber den Gläubigern sei, wenn ein Schuldner sich des Vermögens entledigt, das er benötigt, um ihre Ansprüche zu befriedigen. Ein derartig betrügerisches Handeln ist unter drei Voraussetzungen gegeben: (1) Beide beteiligten Gesellschaften müssen denselben Gesellschafterkreis haben; (2) es muss in der Absicht gehandelt werden, die Gläubiger der veräußernden Gesellschaft zu benachteiligen; und (3) die Veräußerung umfasst das gesamte Vermögen, das bislang Erträge produziert hat.

In einem oft zitierten Fall sah sich die veräußernde Gesellschaft massiven Verbindlichkeiten aufgrund einer Asbestverwendung ausgesetzt. Die Gesellschaft veräußerte darauf hin ihren einzig profitablen Geschäftsbereich an eine Gesellschaft mit identischen Gesellschaftern. Das mit der Sache befasste Gericht entschied, dass die

Käufergesellschaft selbst dann für die Verbindlichkeiten der Verkäuferin haften könne, wenn für den veräußerten Geschäftsbereich eine angemessen Gegenleistung erbracht werde. Denn weil das der Verkäuferin verbleibende Vermögen nicht ausreichte, um die drohenden Verbindlichkeiten zu begleichen, werde den Gläubigern mit der Veräußerung die Möglichkeit genommen, sich aus den künftigen Erträgen des veräußerten Geschäftsbereichs zu befriedigen. Ein anderes Gericht hat das Argument, es sei eine angemessene Gegenleistung erbracht worden, zurückgewiesen, und dies mit den Schwierigkeiten begründet, die bei der Unternehmensbewertung unter Fortführungsgesichtspunkten bestünden. Trotz allem halten die Gerichte daran fest, dass es letztlich darauf ankommt, ob die Beteiligten die Absicht hatten, die Gläubiger zu benachteiligen, oder ob sie in gutem Glauben handelten.

C. Erweiterung von Successor Liability

1. Fortführung des Geschäfts im Wesentlichen

Eine Mindermeinung in der Rechtsprechung erstreckt die oben beschriebene klassische Fallgruppe der „unveränderten Fortführung des Geschäfts" auf Fälle, in denen das veräußerte Geschäft „im Wesentlichen" fortgeführt wird. Diese Auffassung unterscheidet sich von der klassischen Auffassung darin, dass die veräußernde und erwerbende Gesellschaft keine identischen Gesellschafter haben muss. Es reicht aus, wenn (1) das Management, die Belegschaft, die Geschäftsräume und das Gesellschaftsvermögen beibehalten werden, (2) sich der Veräußerer auflöst, (3) der Erwerber die mit dem ordentlichen Geschäftsbetrieb zusammenhängenden Verbindlichkeiten übernimmt, und (4) sich selbst als Übernehmer des Geschäfts des Veräußerers ausgibt.

Dieser Auffassung scheinen sich die Gerichte in Louisiana angeschlossen zu haben. In Maryland und New York wird sie dagegen abgelehnt. Da auch nach dieser Auffassung erforderlich ist, dass sich die Verkäufergesellschaft auflöst, kann eine amerikanische Tochtergesellschaft die Gefahr einer *Successor Liability* dadurch reduzieren, dass die Verkäuferin verpflichtet wird, existent zu bleiben, sich nicht aufzulösen und ausreichend Vermögen zurückzubehalten, um etwaige Gläubiger befriedigen zu können.

2. Theorie der Fortführung von Produktlinien

In einigen Bundesstaaten, haben Gerichte eine *Successor Liability* bejaht, wenn die Käufergesellschaft Produktlinien der Verkäufergesellschaft fortgeführt hat. Nach

dieser Theorie der „Fortführung von Produktlinien" müssen vier Voraussetzungen gegeben sein, damit die Käufergesellschaft haftet: (1) die Käufergesellschaft erwirbt zumindest wesentliche Teile des Produktionsvermögens einer Gesellschaft, (2) die Käufergesellschaft führt die Geschäfte der Verkäuferin fort und stellt sich selbst als Nachfolgerin der Verkäuferin dar, (3) die Käufergesellschaft übernimmt die Produkte der Verkäuferin, ihre Belegschaft, ihr Vermögen und ihre Kunden, und (4) die Käufergesellschaft profitiert vom Firmenwert der Verkäuferin.

Gerichte können in diesem Zusammenhang auch darauf abstellen, ob die Gläubiger weiterhin erfolgreich gegen die Verkäuferin vorgehen können, ob die Käufergesellschaft in der Lage ist, das Haftungsrisiko abzusichern und zu streuen und ob es Billigkeitsgesichtspunkte gebieten, die Käufergesellschaft haften zu lassen. Gerichte haben beispielsweise entschieden, dass in Fällen, in denen die Gläubiger weiterhin die Verkäuferin in Anspruch nehmen können, eine *Succesor Liability* nach der Theorie der Fortführung von Produktlinien ausscheidet.

Die Theorie der Fortführung von Produktlinien basiert auf der Überlegung, dass die Verkäuferin den Gläubigern einerseits nicht mehr zur Verfügung steht, die Käufergesellschaft aber andererseits vom guten Ruf der Verkäuferin profitiert hat. Die Theorie wurde auf eine Gesellschaft angewandt, die vorübergehend Nachfolgerin der Verkäuferin war. Manche Gerichte haben verlangt, dass der klagende Gläubiger nachweist, dass er infolge der Vermögensübertragung nicht mehr erfolgreich gegen die Verkäuferin vorgehen kann.

Die Mehrzahl der amerikanischen Gerichte, beispielsweise die Gerichte in Maryland und in New York, folgt dieser Theorie jedoch nicht. Darüber hinaus deuten bundesgerichtliche Entscheidungen, die sich mit dem Recht Louisianas befassten, darauf hin, dass auch Gerichte dieses Bundesstaats der Theorie der Fortführung von Produktlinien nicht folgen werden. In der Mehrzahl der Bundesstaaten ist es unwahrscheinlich, dass ein Gläubiger die amerikanische Tochtergesellschaft auf dieser Grundlage erfolgreich in Anspruch nehmen kann.

3. Verletzung der Produktwarnpflicht

Manche Gerichte lassen die Käufergesellschaft auch dann haften, wenn sie die Kunden der Verkäuferin übernimmt und diese nicht warnt, obwohl ihr bekannt ist, dass Produkte der Verkäuferin fehlerhaft sind. Diese Begründung einer *Successor Liability* unterscheidet sich insoweit von den vorangegangenen, als dass es auf das gegenwärtige Verhältnis zwischen der Käufergesellschaft selbst und den von ihr übernommenen

Kunden ankommt. Dagegen ist es unbeachtlich, ob Verbindlichkeiten der Verkäuferin auf die Käufergesellschaft übergegangen sind. Die Käufergesellschaft soll danach wegen Verletzung einer ihr selbst obliegenden Warnpflicht in Anspruch genommen werden können. Die Voraussetzungen hierfür sind: (1) die Käufergesellschaft nutzt den *Goodwill* der Verkäuferin, (2) die Käufergesellschaft tritt als ein mit der Verkäuferin identisches Unternehmen auf, (3) die Käufergesellschaft übernimmt Pflichten der Verkäuferin, wie zum Beispiel den Kundenservice und (4) die Käufergesellschaft hatte von der Fehlerhaftigkeit der Produkte Kenntnis oder wird von Rechts wegen so behandelt.

Da diese Form der *Successor Liability* auf dem Rechtsverhältnis zwischen der Käufergesellschaft und den übernommenen Kunden beruht, kommt es nicht darauf an, ob die Verkäuferin ihren Geschäftsbetrieb eingestellt hat. Es ist daher bei der Errichtung der amerikanischen Tochtergesellschaft wichtig zu bedenken, in welchem Ausmaß Kunden von der Verkäuferin übernommen werden. Je stärker die Kundenübernahme beschränkt wird, desto größer ist der Schutz vor der *Successor Liability* wegen einer Produktwarnpflichtverletzung. Da aber in den meisten Fällen Kunden übernommen werden sollen, sollte die Verkäuferin vertraglich verpflichtet werden, die Käufergesellschaft von einer derartigen *Successor Liability* freizustellen.

Eine *Successor Liability* wegen Verletzung der Produktwarnpflicht besteht unabhängig von weiteren Kundenansprüchen im Zusammenhang mit der Produktfehlerhaftigkeit. Diese Ansprüche sind aber möglicherweise ebenfalls von der amerikanischen Tochtergesellschaft übernommen worden und können sich außerdem auf die *Successor Liability* auswirken. Daher sollten diese Ansprüche zusätzlich untersucht werden. So haben beispielsweise einige Gerichte entschieden, dass ein klagender Kunde, der sich, schon bevor er verletzt wurde, der mit einem Produkt verbundenen Gefahr bewusst war, auch nicht erfolgreich eine *Successor Liability* wegen Verletzung der Produktwarnpflicht geltend machen kann.

Kapitel 8
Steuern

Dieses Kapitel fasst zusammen, wie sich das US-amerikanische Einkommenssteuerrecht auf ausländische Gesellschaften auswirkt, die Geschäfte in den Vereinigten Staaten tätigen. Dabei ist zunächst zu beachten, dass abweichende Fragestellungen auftreten können, wenn ausländische natürliche Personen in den Vereinigten Staaten geschäftlich tätig werden. Darüber hinaus beschränkt sich die folgende Zusammenfassung auf bundesrechtliche Einkommensteuerfragen (*Federal Income Tax*). Daneben gibt es aber zahlreiche Ertrags-, Umsatz-, Gebrauchs- Franchise- und sonstige Steuern, die nach dem Recht der Gliedstaaten oder auf örtlicher Ebene anfallen können. In den Vereinigten Staaten gibt es gegenwärtig keine national einheitliche Umsatz- oder Mehrwertsteuer.

Die Vereinigten Staaten haben mit den meisten Industrienationen, einschließlich Deutschland, Österreich und der Schweiz, Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen. Wenn ein solches Doppelbesteuerungsabkommen Anwendung findet, ist ein ausländisches Unternehmen im Regelfall nur dann nach amerikanischem Recht einkommensteuerpflichtig, wenn es in den Vereinigten Staaten ein *permanent establishment*, also eine Betriebsstätte, hat. Wann dies der Fall ist, spielt insbesondere dann eine Rolle, wenn das ausländische Unternehmen seine Produkte mit Hilfe von Handelsvertretern vertreibt. Dies wird unten noch näher erörtert.

I. Wahl der Unternehmensform

Ausländische Gesellschaften, die erwägen, in den Vereinigten Staaten Geschäfte zu tätigen, müssen eine Grundsatzentscheidung treffen: Sie müssen entscheiden, ob sie mit Hilfe von Handelsvertretern oder über einen Rechtsträger operieren wollen, der nach US-amerikanischen Steuerrecht als Zweigniederlassung, *Partnership* oder *Corporation* behandelt wird. Die wohl größte Besonderheit im amerikanischen *Income Tax* System besteht darin, dass – mit Ausnahme der Handelsvertreter – bei jeder der zuvor genannten Vertriebsformen die Haftung beschränkt werden kann. Darin unterscheidet sich das amerikanische Recht erheblich vom Recht zahlreicher anderer Staaten, da diese meist keine Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung für Eigentümer einer Zweigniederlassung oder Gesellschafter einer Personengesellschaft vorsehen.

A. Besteuerung beim Vertrieb über Handelsvertreter

Wie schon zuvor erwähnt, muss eine ausländische Gesellschaft eine Betriebsstätte (*permanent establishment*) in den Vereinigten Staaten begründen, damit sie der amerikanischen *Income Tax* unterliegt. Dies kann auf zweierlei Art geschehen: Zum einen durch eine ortsfeste Einrichtung (*fixed facility permanent establishment*), zum anderen durch die Tätigkeit eines abhängigen Vertreters (*dependent agent permanent establishment*). Ein *fixed facility permanent establishment* wird im Allgemeinen dadurch begründet, dass die ausländische Gesellschaft für eine gewisse Zeit eine ortsfeste Einrichtung in den Vereinigten Staaten unterhält. Ein *dependent agent permanent establishment* wird dadurch begründet, dass ein Angestellter oder ein Vertreter der ausländischen Gesellschaft in deren Namen in den Vereinigten Staaten Verträge aushandelt und abschließt.

Es ist in den Vereinigten Staaten oft zu beobachten, dass für ausländische Gesellschaften gelegentlich so genannte *Sales Representatives* auftreten, ohne dass die Gesellschaften gleichzeitig auch eine feste Einrichtung in den USA betreiben. Selbst wenn solche *Sales Representatives* die Produkte einer ausländischen Gesellschaften vermarkten und Bestellungen aufnehmen, begründet dies keine Betriebsstätte, solange der jeweilige *Sales Representative* alle Bestellungen der ausländischen Gesellschaft übermittelt, und diese darüber entscheidet, ob die Bestellung angenommen und der entsprechende Vertrag abgeschlossen wird. Sind die *Sales Representatives* – wie die in Deutschland bekannten Handelsvertreter – dagegen berechtigt, die Kundenverträge im Namen der ausländischen Gesellschaft auszuhandeln und abzuschließen, führt dies im Regelfall zur Begründung einer Betriebsstätte und damit zur Steuerpflicht.

Zu beachten ist auch, dass unabhängig von den vorherigen Ausführungen die von einer ausländischen Gesellschaft erzielten Einkünfte aus Immobilien (Land, Gebäude, Einrichtungen) immer dem amerikanischen Einkommensteuerrecht unterliegen. Kauft also beispielsweise eine ausländische Gesellschaft ein Grundstück in New York und verkauft sie dieses zwei Jahre später mit Gewinn, so unterliegt dieser Gewinn der amerikanischen Körperschaftsteuer (*Corporate Income Tax*) und zwar selbst dann, wenn die ausländische Gesellschaft im Übrigen keine anderen Geschäfte in den Vereinigten Staaten getätigt hat.

B. Besteuerung einer echten und einer so genannten hybriden Zweigniederlassung

Eine ausländische Gesellschaft kann schon durch die bloße Geschäftsaufnahme in den Vereinigten Staaten eine echte Zweigniederlassung (*Pure Branch*) eröffnen. Die ausländische Gesellschaft kann stattdessen aber auch eine Ein-Mann-*Limited*

Liability Company gründen. Wenn die ausländische Gesellschaft nicht ausdrücklich etwas anderes wählt, ist eine solche Ein-Mann-*Limited Liability Company* steuerlich transparent. In diesem Fall wird die *Limited Liability Company* üblicherweise als *Hybrid Branch* (hybride Zweigniederlassung) bezeichnet. Die steuerrechtlichen Folgen der Geschäftstätigkeit mittels einer echten und einer hybriden Zweigniederlassung sind identisch. Der Vorteil einer hybriden Zweigniederlassung besteht jedoch in der Haftungsbeschränkung zugunsten der ausländischen Gesellschaft.

Ob die Tätigkeit der Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft amerikanischem Steuerrecht unterliegt, hängt zum einen davon ab, ob eine Doppelbesteuerungsabkommen eingreift, also ob die Zweigniederlassung eine Betriebsstätte darstellt und zum anderen von der Art der Geschäfte, die die Zweigniederlassung tätigt.

Wenn feststeht, dass die ausländische Gesellschaft eine Betriebsstätte in den Vereinigten Staaten hat, muss sie in einem Formular (Form 1120-F) der amerikanischen Verwaltung alle Einkünfte erklären, die der amerikanischen Besteuerung unterliegen. In der Praxis entscheiden sich ausländische Gesellschaften in der Regel gegen die Errichtung einer Zweigniederlassung, um eine solche Erklärung nicht einreichen zu müssen. Die Einkünfte sind von der ausländischen Gesellschaft zu einem vergleichsweise geringen Steuersatz, der je nach Höhe der insgesamt zu versteuernden Einkünfte zwischen 15% und 35% beträgt, zu versteuern.

Bei der Besteuerung wird nicht zwischen Einkünften aus der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit und außerordentlichen Einkünften unterschieden. Es greift daher derselbe Steuersatz ein, ganz gleich, ob die Einkünfte durch Warenverkauf oder durch den Verkauf von Anlagevermögen erzielt wurden.

C. Besteuerung einer Partnership

Eine ausländische Gesellschaft kann auch mit einem Partner vertraglich vereinbaren, Geschäfte in den Vereinigten Staaten gemeinsam zu betreiben und sich den Gewinn daraus zu teilen. Dann liegt eine so genannte *General Partnership* vor. Stattdessen kann die ausländische Gesellschaft aber auch nach dem Recht eines Bundesstaates eine *Limited Partnership* gründen. Und schließlich ist es auch möglich, eine *Limited Liability Company* mit mehreren Gesellschaftern zu gründen. Diese wird dann steuerlich wie eine *Partnership* behandelt, sofern nicht ausdrücklich eine andere steuerliche Behandlung gewählt wird. Eine solche der *Partnership* steuerlich gleichgestellte *Limited Liability Company* wird üblicherweise als *Hybrid Partnership* (hybride *Partnership*)

bezeichnet. Mit einigen Ausnahmen, von deren Darstellung in diesem Kapitel abgesehen wird, werden eine *General Partnership*, eine *Limited Partnership* und eine *Hybrid Partnership* im amerikanischen Einkommensteuerrecht gleich behandelt. Der Vorteil einer *Hybrid Partnership* liegt allerdings darin, dass alle ihre Gesellschafter in ihrer Haftung beschränkt sind, während in einer *General Partnership* alle Gesellschafter und in einer *Limited Partnership* zumindest ein Gesellschafter unbeschränkt haften.

Die steuerlichen Folgen der Geschäftstätigkeit in Form einer *Partnership* gleichen im amerikanischen Steuerrecht im Wesentlichen den oben dargestellten Folgen der Geschäftstätigkeit durch eine Zweigniederlassung. Insbesondere werden die Einkünfte der *Partnership* ihren Gesellschaftern zugerechnet. Nimmt die Tätigkeit der *Partnership* ein derartiges Ausmaß an, dass eine Betriebsstätte vorliegt, muss jeder ausländische Gesellschafter in einem 1120-F-Formular den auf ihn entfallenden Teil der Einkünfte erklären und die darauf erhobenen Steuern entrichten. In der Praxis entscheiden sich ausländische Gesellschafter in der Regel gegen die Errichtung einer Partnership, um eine solche Erklärung nicht einreichen zu müssen. Für bestimmte ausländische Gesellschaftsformen, zum Beispiel für deutsche Gesellschaften, die keine Publikumsgesellschaften sind (siehe oben Kapitel 2, US-amerikanische Gesellschaften), kann es aber erhebliche Steuervorteile mit sich bringen, wenn die US-Geschäfte von einer *Partnership* betrieben werden.

Der Hauptunterschied zwischen einer *Partnership* und einer Zweigniederlassung besteht darin, dass eine *Partnership* zwingend mehrere Gesellschafter haben muss. Dabei ist es möglich, den Gesellschaftern bestimmte Gewinne und Verluste zuzuweisen. Bei einer Zweigniederlassung ist dies ausgeschlossen.

D. Besteuerung einer Corporation

Eine ausländische Gesellschaft kann schließlich auch nach dem Gesellschaftsrecht der einzelnen Bundesstaaten eine *Corporation* gründen. Die amerikanische *Corporation* (und nicht ihre ausländische Muttergesellschaft) ist dann verpflichtet, jährlich ihre steuerbaren Einkünfte im 1120-F-Formular zu erklären und die darauf entfallenden Steuern zu entrichten. Amerikanische *Corporations* unterliegen einem Körperschaftsteuersatz (*Corporate Income Tax Rate*) von ca. 15% bis 30% der zu versteuernden Einkünfte.

II. Ausschüttungen einer Zweigniederlassung, Partnership oder Corporation

A. Überblick

Ausschüttungen einer Zweigniederlassung, einer *Partnership* oder einer *Corporation* unterliegen der *Withholding Tax*, wenn es sich um Einkünfte handelt, die ausgeschüttet werden. Wird die Ausschüttung von einer Zweigniederlassung oder einer Partnership vorgenommen, wird die Steuer nach dem so genannten *Branch Profits Tax Regime* erhoben. Wird die Ausschüttung von einer *Corporation* vorgenommen, finden dagegen die normalen *Withholding Tax*-Regeln Anwendung. Die *Withholding Tax* wird nach dem Bruttoprinzip erhoben und der Steuersatz kann – wenn kein Doppelbesteuerungsabkommen besteht – bis zu etwa 30% betragen. Bestehen Doppelbesteuerungsabkommen, reduziert sich der Steuersatz in der Regel auf ca. 5%, nach jüngeren Doppelbesteuerungsabkommen sogar auf 0%. Nach den Doppelbesteuerungsabkommen, die die Vereinigten Staaten mit Deutschland, der Schweiz und mit Österreich geschlossen haben, beträgt der Steuersatz der *Withholding Tax* momentan ca. 5%, vorausgesetzt, das deutsche, schweizerische oder österreichische Unternehmen hält mindestens eine 10%ige Beteiligung an der Corporation. Anderenfalls beträgt der Steuersatz 15%.

B. Limited Partnership Struktur

Deutsche, österreichische und schweizer Unternehmen entscheiden sich oft für eine so genannte *Limited Partnership*-Struktur, wenn sie in den Vereinigten Staaten Geschäfte tätigen. Die Verwendung einer amerikanischen *Limited Partnership* mit einem unbeschränkt haftenden *General Partner* kann die steuerliche Gesamtbelastung in den Vereinigten Staaten und Deutschland (beziehungsweise Österreich oder der Schweiz) von Gewinnen, die an deutsche, österreichische oder schweizer Gesellschafter ausgeschüttet werden, erheblich reduzieren, und zwar unabhängig davon, ob die Gesellschafter in den Vereinigten Staaten ansässig sind.

Im Folgenden soll dies am Beispiel Deutschlands veranschaulicht werden. Entsprechendes gilt aber auch für die meisten anderen europäischen Rechtsordnungen, wie zum Beispiel in Österreich und in der Schweiz:

Die *Limited Partnership* wird so strukturiert, dass sie nach amerikanischem Steuerrecht als *Partnership* behandelt wird. Eine amerikanische oder eine deutsche Gesellschaft, die durch die *Limited Partners* (also den beschränkt haftenden Gesellschaftern der

Partnership) kontrolliert wird, ist der persönlich haftende *General Partner*. Aus der Sicht der deutschen Gesellschafter besteht der Vorteil einer solchen *Limited Partnership*-Struktur darin, dass nach dem Deutsch-Amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen die Gewinne der amerikanischen Gesellschaft von der deutschen Besteuerung ausgenommen sind. Nach dem Doppelbesteuerungsabkommen sind bestimmte Einkünfte, die eine in Deutschland ansässige natürliche Person oder eine in Deutschland ansässige Gesellschaft in den Vereinigten Staaten versteuern muss, von der deutschen Besteuerung ausgenommen. Die Einkünfte der amerikanischen Betriebsstätte einer deutschen natürlichen Person oder einer deutschen Gesellschaft fallen unter diese Ausnahme. Daher müssen bei Verwendung einer derartigen Struktur die Gewinne des Geschäfts in den Vereinigten Staaten auch nur dort versteuert werden. Die an die deutschen Gesellschafter ausgeschütteten Gewinne müssen in Deutschland nicht noch ein weiteres Mal versteuert werden. Letztlich – aber das würde den Rahmen eines Handbuchs sprengen – ist dies aber nur für Gesellschaften relevant, die privat gehalten werden, wie zum Beispiel die allermeisten Kommanditgesellschaften.

Eine *Limited Partnership*-Struktur kann sich auch gegenüber der Verwendung einer *Corporation* von Vorteil erweisen, wenn Verluste erwirtschaftet werden. Der deutsche Gesellschafter hat nämlich die Wahl, diese Verluste in Deutschland geltend zu machen und dadurch mit anderen Gewinnen zu verrechnen. Das geht jedoch nur insoweit, als eine amerikanische Betriebsstätte (es muss sich nicht um die Betriebsstätte handeln, bei der die Verluste erwirtschaftet wurden) des Gesellschafters in den Folgejahren Gewinne erzielt.

Darüber hinaus können derartige Verluste nur insoweit geltend gemacht werden, als die in Deutschland ansässige Gesellschaft (oder die in Deutschland ansässige natürliche Person) der *Limited Partnership* Kapital zur Verfügung gestellt hat. Daher ist es in der Regel empfehlenswert, etwaige Verluste durch Zuführen neuen Kapitals (sei es in Form einer Einlage oder in Form eines Gesellschafterdarlehens) auszugleichen, um sich die Möglichkeit zu erhalten, die Verluste in Deutschland geltend zu machen.

III. Verkauf von Zweigniederlassungen, Partnership-Anteilen oder Shares einer Corporation

Wenn eine ausländische Kapitalgesellschaft in den Vereinigten Staaten eine Zweigniederlassung unterhält, die eine Betriebsstätte begründet, und sich außerdem das gesamte Vermögen der Zweigniederlassung in den Vereinigten Staaten befindet,

so unterliegt der Gewinn, den die ausländische Gesellschaft bei einem Verkauf der Zweigniederlassung erzielt, der amerikanischen *Income Tax*. Gleiches gilt, wenn es sich nicht um eine Zweigniederlassung, sondern um eine *Partnership* handelt.

Dagegen sind die Gewinne, die eine ausländische Gesellschaft durch den Verkauf einer amerikanischen *Corporation* erzielt, steuerfrei. Die Vereinigten Staaten erheben auf den Verkauf einer inländischen *Corporation* durch eine nicht ansässige natürliche Person oder durch eine ausländische Gesellschaft grundsätzlich keine Steuern. Ein solcher Verkauf ist nur ausnahmsweise steuerpflichtig, nämlich dann, wenn die amerikanische Gesellschaft überwiegend (zu mehr als 50%, wobei der Wert maßgeblich ist) Grundvermögen (zum Beispiel Grundstücke und Gebäude) hält, und sich dieses Grundvermögen in den Vereinigten Staaten befindet.

IV. Berechnung der Einkünfte einer Zweigniederlassung, einer Partnership oder einer Corporation

Normalerweise drücken sich die Gewinne und die Verluste einer Zweigniederlassung, einer *Partnership* oder einer *Corporation* in US-Dollar aus. In den Vereinigten Staaten müssen Steuerpflichtige grundsätzlich über ihre Einahmen und Ausgaben periodengerecht, für das Kalenderjahr oder für ihr Geschäftsjahr, Buch führen. Eine steuerpflichtige Gesellschaft, die ihre Einkünfte jedenfalls auch durch die Herstellung, den Ein- und Verkauf von Ware erzielt, muss regelmäßig Inventur machen.

Grundsätzlich können alle gewöhnlichen und notwendigen Kosten des Geschäftsbetriebs in Abzug gebracht werden. Von diesem Grundsatz gibt es einige Ausnahmen: So dürfen beispielsweise Bußgelder, Schmiergelder, und Kosten, die aufgewendet werden, um steuerfreie Einkünfte zu erzielen, nicht abgezogen werden. Besonderen Regeln unterliegt der Abzug von Reise- und Vergnügungskosten sowie der Spendenabzug.

Abzugsfähig sind auch die auf die Vermögensgegenstände vorgenommenen Abschreibungen. Auch immaterielle Vermögensgegenstände, wie zum Beispiel der Firmenwert (*Goodwill*), können abgeschrieben werden. Die Abschreibungsdauer hängt vom jeweiligen Vermögensgegenstand ab: Immaterielle Vermögensgegenstände (einschließlich des Firmenwerts), die im Zuge eines Unternehmenskaufs erworben wurden, werden grundsätzlich über 15 Jahre abgeschrieben. Bestimmte einzeln erworbene immaterielle Vermögensgegenstände können über eine kürzere Periode abgeschrieben werden, wenn die Nutzungsdauer kürzer als 15 Jahre ist.

V. Organschaft

In den Vereinigten Staaten können sich Gesellschaften auch gemeinsam veranlagen lassen, also eine Organschaft bilden. Dies setzt voraus, dass die eine amerikanische Gesellschaft mindestens 80% der Stimmrechte einer anderen amerikanischen Gesellschaft hält. Ist dies der Fall, können – mit bestimmten Einschränkungen, die hier nicht behandelt werden – die Verluste einer Konzerngesellschaft mit den Gewinnen einer anderen Gesellschaft dieses Konzerns verrechnet werden. Ist dagegen die ausländische Muttergesellschaft an ihren amerikanischen Tochtergesellschaften unmittelbar beteiligt, ist eine gemeinsame Versteuerung der Einkünfte der Tochtergesellschaften ausgeschlossen. Es ist also in der Regel vorteilhaft, wenn eine ausländische Gesellschaft ihre amerikanischen Tochtergesellschaften, an denen sie zu mehr als 80% beteiligt ist, unter Zwischenschaltung einer amerikanischen Holdinggesellschaft hält, die dann für alle amerikanischen Gesellschaften gemeinsam die Steuer erklärt.

Nur *Corporations* können eine Organschaft bilden. Zweigniederlassungen und *Partnerships* können dagegen grundsätzlich nicht teilnehmen. Dies gilt jedoch nicht für *Limited Liability Companies* oder für *Partnerships* die nach dem Recht der Bundesstaaten errichtet wurden und ihr nach amerikanischem Steuerrecht bestehendes Wahlrecht ausgeübt haben, steuerlich als *Corporation* behandelt zu werden. Dann können auch diese Gesellschaften an der gemeinsamen Veranlagung teilnehmen.

VI. Geschäfte zwischen miteinander verbundenen Personen

Die amerikanische Steuerbehörde (*Internal Revenue Service – IRS*) ist berechtigt, Einkünfte, Abzüge, oder Guthaben von Steuerpflichtigen, die sich nahe stehen, neu zuzuordnen, wenn feststeht, dass sich Geschäfte, die nicht zu marktüblichen Konditionen (*at arm's length*) getätigt wurden, auf die Höhe der Einkünfte dieser Steuerpflichtigen ausgewirkt haben. Parteien, die miteinander verbunden sind, müssen ihre Geschäfte daher wie mit fremden Dritten tätigen. Verkauft also beispielsweise eine ausländische Muttergesellschaft ihrem amerikanischem Tochterunternehmen Waren, darf der Kaufpreis nicht den Preis unterschreiten, den die Muttergesellschaft bei im Übrigen gleichen Konditionen mit einem fremden Dritten vereinbart hätte.

VII. Steuerverfahren und Steuerverwaltung

A. Steuererklärung

Eine Corporation muss ihre Erklärung zur *Federal Income Tax* binnen zweieinhalb Monaten nach dem Ende ihres Geschäftsjahres abgeben. Regelmäßig wird diese Frist ohne weitere Prüfung um bis zu drei Monate verlängert.

B. Steuerprüfung, Einspruchsverfahren, Prozess

Nicht alle amerikanischen Steuererklärungen werden geprüft. Der *IRS* kann stichprobenartig prüfen oder spezielle Sachverhalte untersuchen. Hat der *IRS* eine Prüfung durchgeführt, verfasst er einen Prüfbericht und schlägt Änderungen vor. Steuerpflichtige, die mit der aus diesen Änderungen resultierenden, neu festgesetzten Steuer nicht einverstanden sind, können den Sachverhalt in einem Einspruchsverfahren, das einem Prozess vorgeschaltet ist, überprüfen lassen. Die Überprüfung wird von der übergeordneten Stelle innerhalb des *IRS* (in der Regel das regionale *Appeals Office*) vorgenommen. Wenn mit dem *Appeals Office* keine Einigung erzielt werden kann, erhält der Steuerpflichtige einen formalen Bescheid (*notice of deficiency*). Deren Inhalt kann er dann gerichtlich überprüfen lassen, indem er die Steuer einstweilen nicht zahlt, sondern Klage beim *US Tax Court* erhebt. Hat der Steuerpflichtige dagegen die Steuerschuld schon beglichen, kann er vor dem zuständigen *US Federal District Court* oder dem *US Claims Court* auf Rückzahlung klagen.

C. Verjährung

Die hier behandelten Steuern müssen grundsätzlich binnen dreier Jahre, beginnend mit Einreichen der Steuererklärung (oder wenn diese erst später eingereicht werden muss, zu diesem späteren Zeitpunkt) festgesetzt worden sein. Diese Regelverjährungsfrist gilt auch für das Festsetzen von Zinsen und Zuschlägen. Eine Verjährung tritt jedoch nicht ein, wenn überhaupt keine Steuererklärung abgegeben wird, oder in der abgegebenen Erklärung arglistig getäuscht wurde.

Biographie des Herausgebers

Dieter A. Schmitz

Dieter Schmitz ist Internationaler Partner im Büro von Baker & McKenzie in Chicago. Sein Tätigkeitsschwerpunkt besteht in der Beratung von Mandanten bei nationalen und internationalen Unternehmenskäufen und -verkäufen und bei allen wirtschaftsrechtlichen Transaktionen zwischen den Vereinigten Staaten, Deutschland, der Schweiz und Österreich. Er verfügt über mehr als zwanzig Jahre Berufserfahrung und hat während dieser Zeit in den Büros von Baker & McKenzie in Berlin, Chicago und Frankfurt am Main gearbeitet. Er spricht fließend Deutsch.

Dieter Schmitz ist Autor zahlreicher Veröffentlichungen auf dem Gebiet des internationalen Wirtschaftsrechts. Einige seiner Artikel über Lizenz- und Franchise-Verträge in der Europäischen Gemeinschaft sind in *The International Lawyer* und in *The Business Lawyer* erschienen. Er ist Co-Autor des deutschsprachigen Handbuchs zum U.S.-amerikanischen Handels , Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts, das bei C.H. Beck erschienen ist. Dieter Schmitz hat außerdem zahlreiche Vorträge über Themen des internationalen Wirtschaftsrechts gehalten, unter anderem vor der *American Bar Association*, der *American Management Association*, den Handelskammern Berlins und Dresdens, *der Chicago Bar Association*, der Deutsch-Amerikanischen Handelskammer für den Mittleren Westen, der *Illinois Export Development Authority*, der *Oklahoma World Trade Conference*, der Schweizerisch-Amerikanischen Handelskammer sowie vor dem *Federal Commissioner for Foreign Investment in Germany*.

Dieter Schmitz ist in vielen internationalen Organisationen aktiv. Er ist Mitglied des *Board of Directors* der deutsch-amerikanischen Handelskammer für den Mittleren Westen und übt gegenwärtig das Amt des *Vice-Chairman* aus. Dieter Schmitz ist darüber hinaus *Board-Mitglied des Greater Chicago Chapter of the United Nations Association – USA*. Er hat über Jahre hinweg verschiedene Führungspositionen im Zusammenhang mit internationalen Themenstellungen in der *Chicago Bar Association* und *der Chicago Council on Foreign Relations* ausgeübt. Im Rahmen seines Engagements für die Zivilgesellschaft und karitative Zwecke ist Dieter Schmitz Vice President und Mitglied des *Board of Directors der Juvenile Protective Association*. Als Vater von vier Kindern, arbeitet er gegenwärtig im Vorstand der *St. Athanasius* Schule. Im Rahmen der Organisation *Link Unlimited* diente Dieter Schmitz vielen afroamerikanischen Highschool Schülern als Mentor und Sponsor. Als *Eagle Scout* fungiert er als stellvertretender Leiter der Pfadfinder-Schar 912 in Evanston, Illinois.

Dieter Schmitz ist Absolvent der *University of Notre Dame* (B.A., magna cum laude, 1980), der *Northwestern University School of Law* (J.D., cum laude, 1984) und der *DePaul University School of Law* (LL.M., Taxation, 1990). Er hat außerdem an den Universitäten in Freiburg, Innsbruck und München studiert. Er ist seit 1984 in Illinois als Rechtsanwalt zugelassen.

www.bakernet.com

©2007 Baker & McKenzie
All rights reserved.